Wie lange hat der Käufer das Recht des Entschlußwechsels bezüglich der ihm in § 463 BGB. zugebilligten Ansprüche — zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Konstruktion der Wandlung?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Kurt Fontheim

Referendar in Berlin.

ACAD. LIBRARY BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Charakterisierung des Anspruchsverhältnisses des § 463 BGB. als Anspruchskonkurrenz 2
1. Definition der Anspruchskonkurrenz 3
2. Liegen die Begriffselemente hier vor? 4
3. Ausscheidung aus der Konkurrenzlehre 6

II. Charakterisierung des Anspruchsverhältnisses als Alternativitätsverhältnis 7
1. Eine Alternativobligation 7
a) Das Wesen der Wahlschuld 8
b) Das Wesen des vorliegenden Alternativitätsverhältnisses . 8
c) Wesensverschiedenheit beider 9
2. Als facultas alternativa 9
a) Voraussetzung für diese Charakterisierung 10
α) Definition 10
β) Liegen die Begriffselemente hier vor? 11
b) Wirkung dieser Charakterisierung 12
α) Anwendung der für die Wahlschuld geltenden Grundsätze 12
β) Anwendung der aus dem Wesen der facultas alternativa selbst folgenden Grundsätze 13
α_1) Die von Regelsberger aufgestellten Grundsätze 13
β_1) Die herrschende Ansicht 13
γ_1) Die von Langheineken aufgestellten Grundsätze 16
δ_1) Die von Rehbein aufgestellten Grundsätze . 16
γ) Negatives Ergebnis für unseren Fall 17

III. Die für das ius variandi bezüglich mehrerer Ansprüche aufgestellten allgemeinen Grundsätze 17

IV. Entscheidung über das ius variandi nach der Natur der Rechtsausübung 19
1. Berechtigung dieses Verfahrens 19
2. Durchführung desselben 20

Seite

A. Die außerprozessuale Geltendmachung des einen der beiden Ansprüche 20

B. Das rechtskräftige Urteil über den Wandlungsanspruch . . . 21

I. Das Wesen des Wandlungsanspruchs.

1. Begründung der hier vertretenen Theorie.

a) Aus den §§ 462, 465 22

b) Aus der Entstehungsgeschichte des § 465 . . 26

c) Aus den anderen Bestimmungen der Wandlungsmaterie 28

2. Die dieser Theorie zur Last gelegten Widersprüche.

a) Mit Bestimmungen innerhalb der Wandlungsmaterie 29

b) Mit Bestimmungen außerhalb der Wandlungsmaterie 33

3. Die Möglichkeit der Verbindung des Anspruchs aus der Wandlung mit dem Anspruch auf Wandlung.

a) Der Standpunkt der Protokolle 35

b) Die Argumentation Flechtheims 36

c) Die Argumentation aus § 259 ZPO. 37

d) Die Argumentation aus allgemeinen Grundsätzen 37

e) Die Argumentation aus einen Ausnahmeersatz 38

4. Berechtigung der gemeinrechtlichen Theorie. . . 41

5. Berechtigung sonstiger Wandlungstheorien . . . 45

II. Folgerungen aus dem Wesen des Wandlungsanspruches auf das rechtskräftige Urteil über denselben 47

C. Erklärung des Verkäufers, in die Wandlung einzuwilligen . . 48

D. Das rechtskräftige Urteil über den Schadensersatzanspruch . 48

I. Materiellrechtliche Wirkungen.

1. Das rechtskräftige Urteil, ein Leistungsbefehl . . 48

2. Das rechtskräftige Urteil, eine rechtskräftige Feststellung 49

II. Prozessuale Wirkungen.

1. Voraussetzungen der exceptio rei indicatai . . . 52

2. Wirkungen derselben 53

III. Schutz des Verkäufers gegen die widerrechtliche Vollstreckung aus diesem Urteil.

1. Durch Anstellung der negativen Feststellungsklage 55

2. Durch Anstellung der Klage aus § 767 ZPO. . . 57

E. Das rechtmäßige Angebot des Schadensersatzes. 58

F. Die gewonnenen Resultate 59

Literaturverzeichnis.

Arndts, Lehrbuch des Pandektenrechts. 12. Aufl.

Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften. 1. Abt. Berlin 1874.

Biermann (Rechtsanw.), Die Klage des wandlungsberechtigten Käufers. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 95 S. 315 ff.

Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts Bd. 10.

Bülow, Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 62.

Chamizer, Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld. 1902.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. 1902.

Dechamps, Die obligatorischen Wahlverhältnisse nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs Freiburg 1901.

Demelius, Ausübung des Wahlrechts in obligatorischen Verhältnissen. In der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Bd. 17 S. 19 ff.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1896.

Dernburg, Pandekten. 5. Aufl.

Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. 2. und 3. Aufl.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1904.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache. In Gruchots Beiträge Bd. 43 S. 305 ff.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Herausgegeben von Leonhard.

Eisele, Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 79.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 8. Aufl.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung. 2. Aufl.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl. 1902.

Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede. In Gruchots Beiträge Bd. 44.

Flechtheim in der Deutschen Juristen-Zeitung 1902 Nr. 13.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 6. u. 7. Aufl. 1904.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. 2. Aufl. 1902.

Hartmann, Zur Klagekonkurrenz und Rechtskraft. Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 50.

Haymann, Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandlungsanspruches. In Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 502 ff.

Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Allgem. Teil. 1897.

Hellmann, Klagerecht, Feststellungsklage und Anspruch. In Jherings Jahrbüchern Bd. 31.

Helssig, Zur Lehre von der Klagekonkurrenz nach römischem Recht. 1887.

Heuer in „Das Recht" Bd. 6 S. 97.

Hölder in der Krit. Vierteljahresschrift Bd. 32.

Hölder, Allgemeiner Teil (Kommentar). 1900.

Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1903.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte.

Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit. 1905.

Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 1.

Juristische Wochenschrift. Jahrg. 1899 und 1900.

Kaulbach, Die Konstruktion der Wandlung und der Minderung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1903.

Kipp, Verurteilung zu Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen. In der Festgabe der Kieler Juristischen Fakultät. 1892.

Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht. In der Festgabe für Koch. 1903.

Kipp, Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages? In den Verhandlungen des 27. deutsch. Juristentages.

Kipp in der Savigny-Zeitschrift Bd. 10.

Kisch, Beiträge zur Urteilslehre. 1903.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Leistungen bei gegenseitigen Verträgen. 1900.

Kloss, Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache. Im Sächs. Archiv Bd. 9.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1904. Bd. 1.

Kohler, Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 80.

Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 14.

Kohler in der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 22.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1898.

Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches. 4. Aufl. Bd. 3.

Labes in der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 41.

Langheineken, Urteilsanspruch. 1899.

Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.

Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1901.
Leistner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.
Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Litten, Die Wahlschuld. 1903.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.
Matthiaß in der Deutschen Juristenzeitung 1902 Nr. 9.
Mayer, Anspruch und Rechtskraft. 1896.
Mensing, Beiträge zur Lehre vom Wandlungs- und Minderungsanspruch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Bonn. 1900.
Merkel, Über den Kk. der Aktionen nach römischem Privatrecht. 1897.
Müller, Vollziehung der Wandlung und Minderung. In den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 69 S. 315ff.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. u. 2. Aufl.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch II.
Oertmann in „Das Recht" Bd. 8 S. 4ff., 29ff.
Peters, Die Lehre von der Klagenkonkurrenz.
Petersen, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 4. Aufl.
Pescatore, Die sogen. Alternativobligation. 1880.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1., 2. und 3. Aufl.
Planck, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1897.
Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. 1893.
Regelsberger, Alternativobligation und Alternativermächtigung des Gläubigers. In Jherings Jahrbüchern Bd. 16.
Regelsberger, Über die Tragung der Gefahr beim Genuskauf. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 49.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 2.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. 1841. Bd. 5.
Schöller, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen. In Gruchots Beiträgen Bd. 45.
Schollmeyer, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. 1900.
Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.
Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. In der Festschrift für Koch. 1903.
Seuffert in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. 1904.
Seuffert, Archiv Bd. 39.
Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
Staffel, Die Wirkung peremtorischer Einreden. Im Sächs. Archiv Bd. 10.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgem. Lehren. 1897.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. 1900.

Staudinger, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Buch 2. 1. Aufl.
Stein, Zivilprozeßrecht. In Birkmeyers Enzyklopädie.
Steinitz, Die Voraussetzungen des Rechts auf Wandlung und Minderung. Diss. Breslau. 1901.
Stölzle in der Juristischen Wochenschrift Bd. 30.
Stratmann, Von der Vollziehung der Wandlung und Minderung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Rostock. 1901.
Sydow-Busch, Textausgabe der Zivilprozeßordnung mit Anm. 9. Aufl. 1904.
Thiele, Die Vollziehung der Wandlung und Minderung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 39.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung. 1900.
Unger, System des österr. allgem. Privatrechts. 4. Aufl. 1876.
Unterholzner, Von dem Verkauf mangelhafter Sachen. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 6.
Wach-Laband, 3. Gutachten zur Lehre von der Rechtskraft.
Wächter, Pandekten. Leipzig 1880/81.
Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. Bd. 2. 1842.
Weismann, Feststellungsklage. Bonn 1879.
Weitz, Die facultas alternativa. Erlangen. Diss. 1903.
Werner, Streitfragen aus dem Gebiet des Wandlungsrechts. In „Das Recht". Jahrg. 6.
v. Wilmowski-Levy, Kommentar zur Zivilproßordnung. 7. Aufl. 1895.
Windscheid, Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts. 1856.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.

Im römischen Zivilrecht haftete der Verkäufer dem Käufer ursprünglich außer für das Fehlen versprochener Eigenschaften der Kaufsache nur noch für solche Mängel, die er arglistig verschwiegen hatte. In diesen Fällen konnte der Käufer mit der actio empti Schadensersatz vom Verkäufer beanspruchen.[1])

Später wurde die Haftung des Verkäufers durch das ädilizische Edikt bedeutend erweitert. Hiernach haftete der Verkäufer auch für solche ihm selbst unbekannte Mängel, die als erhebliche Abweichungen einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft die Brauchbarkeit oder Verkäuflichkeit der Sache herabsetzen,[2]) es sei denn, daß der Käufer diese Mängel kannte oder kennen mußte.[3])

Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen konnte der Käufer zwar nicht mit der actio empti Schadensersatz, aber entweder mit der actio redhibitoria Wandlung oder mit der actio quanti minoris Minderung beanspruchen.

An diese Entwicklung hat das Bürgerliche Gesetzbuch angeknüpft. Es gibt jedoch dem Käufer grundsätzlich das Recht, Rückgängigmachung des Kaufes (Wandlung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) zu verlangen, wenn die Kaufsache zur Zeit des Gefahrüberganges mit Fehlern behaftet ist, „die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern", oder wenn die Sache zur Zeit des Gefahrüberganges die zugesicherten Eigenschaften nicht hat.[4])

Hat aber der verkauften Sache schon zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft gefehlt, oder hat der Verkäufer

[1]) l. 6 § 4, D. 19, 1.
[2]) l. 1 § 8, D. 21, 1.
[3]) l. 1 § 6; l. 14 § 10; l. 48 § 4, D. 21, 1.
[4]) BGB. §§ 462 in Verb. m. 459, 460.

einen Mangel arglistig verschwiegen,[1]) so kann, wie schon nach römischem Recht, so auch nach § 463 BGB. der Käufer „statt der Wandlung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen".

Im folgenden soll erörtert werden, wie lange der Käufer, nachdem er einmal auf Grund von § 463 BGB. seinen Wandlungs- oder Minderungsanspruch[2]) geltend zu machen erklärt hat, noch auf seinen ihm nach § 463 zustehenden Schadensersatzanspruch, bezw. nachdem er einmal seinen Schadensersatzanspruch erklärt hat, noch auf sein Wandlungsrecht zurückgreifen kann.

Da eine wesentliche Grundlage dieser Untersuchung die Beantwortung der Frage bildet, wann der dem Käufer zustehende Wandlungsanspruch befriedigt ist, mußte das Problem der gesetzlichen Wandlungskonstruktion — bevor Folgerungen aus dieser gezogen werden — eingehend erörtert werden.

I. Zur Beantwortung der Frage, ob und wie lange ein ius variandi des Käufers bezüglich seines Schadensersatz- und seines Wandlungsanspruches anzuerkennen ist, werden wir zunächst prüfen, wie das Verhältnis des Schadensersatz- zum Wandlungsanspruch rechtlich zu charakterisieren ist und welche Grundsätze auf ein solches Verhältnis mehrerer Ansprüche zueinander Anwendung finden.

---

[1]) Für das arglistige Verschweigen wird man eine besondere Täuschungshandlung nicht als essentiell annehmen dürfen, da das Gesetz hier im Gegensatz zu § 123 nicht von arglistiger Täuschung spricht. — Ein arglistiges Verschweigen im Sinne des Gesetzes liegt vielmehr schon dann vor, wenn der Verkäufer einen ihm bekannten Mangel in dem Bewußtsein verschweigt, daß der Käufer sich durch die Kenntnis des Mangels in seiner Entscheidung beeinflussen lassen würde (Dernburg, Bürgerl. Recht II § 56; Staub, Komm. Nr. 124 zu § 377; Planck, Note zu § 443; Neumann, Note zu 443; RG. Bd. 55 S. 21 und Entsch. v. 31. 1. 04, in der Spruchbeilage d. DJZ. v. 15. 4. 05); a. M. Cosack I S. 440, der arglistiges Verschweigen nur annimmt, wenn der Verkäufer dem Käufer wider Treu und Glauben die Prüfung der Sache erschwert.

[2]) Der Kürze halber soll im folgenden anstatt vom Wandlungs- oder Minderungsanspruch stets nur vom Wandlungsanspruch die Rede sein, da ja das Problem für beide Ansprüche dasselbe bleibt.

Wenn es sich um die Charakterisierung des Verhältnisses zweier Ansprüche desselben Berechtigten gegen denselben Verpflichteten handelt, so liegt es wohl am nächsten, an Anspruchskonkurrenz zu denken.

Haben wir es in unserem Falle mit einer solchen zu tun?

Was haben wir überhaupt unter Konkurrenz von Ansprüchen zu verstehen?

1. Der Begriff der Anspruchskonkurrenz [1]) war in der gemeinrechtlichen Literatur äußerst streitig, und die dort oft erörterte Frage, was unter diesem Begriff zu verstehen sei,[2]) besteht auch noch für das heutige Recht.

Denn das Bürgerliche Gesetzbuch gibt uns für die Bestimmung dieses Begriffes keinen Anhaltspunkt. Da eine zweifelsfreie Fassung für diesen Begriff zu finden nicht möglich war,[3]) überließ das Gesetz dies völlig der Wissenschaft.

Auch wir müssen daher, um für unsere Erörterungen eine feste Grundlage zu haben, uns zunächst den Begriff der Anspruchskonkurrenz klar machen. Wir gehen davon aus, daß es

---

[1]) Die ältere gemeinrechtliche Doktrin pflegte von Klagenkonkurrenz zu sprechen, obwohl der von den Römern gebrauchte Begriff „actio“ hier keinen prozessualen, sondern materiellrechtlichen Sinn hatte. — Erst nachdem Windscheid in seiner Schrift „Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts“, dann in seinen Pand. I §§ 43—46 gezeigt hatte, daß man nach dem Wegfall des Unterschiedes von ius civile und ius praetorium nicht mehr berechtigt wäre, den Klagebegriff auf die materiellrechtliche actio anzuwenden, begann man schon in der gemeinrechtlichen Literatur von Anspruchskonkurrenz zu sprechen (cf. u. a. Merkel, Konkurs der Aktionen S. 140ff.; Helßig S. 6ff.). Heute, wo der Grundsatz: ich habe eine Klage, weil ich ein Recht habe, den römischen Grundsatz: ich habe ein Recht, weil ich eine Klage habe (Bekker, Sav. Zeitschr. 15 S. 197), abgelöst hat, werden wir nicht mehr von Konkurrenz der Klagen sprechen, denn der rechtliche Anspruch bedarf heute nicht mehr eines außer ihm stehenden Klagrechts: Die Klagbarkeit ist jetzt eine Eigenschaft des Anspruchs. Für das heutige Recht ist denn auch der Ausdruck „Anspruchskonkurrenz“ allgemein gebräuchlich. Nur Hellmann (Vortr. S. 206) spricht noch von konkurrierenden Klagerechten.

[2]) Savigny, System d. heut. r. R. Bd. 5 S. 202—264 hat zuerst erkannt, daß die Hauptursache für die verschiedene Beurteilung der Anspruchskonkurrenz in der mangelnden Einigkeit über ihren Begriff liege.

[3]) Mot. Bd. 1 S. 278.

im Wesen des Anspruchs liegt, auf die Verwirklichung des in ihm verkörperten rechtlichen Interesses hinzuzielen. — Während es nun an sich rechtlich möglich ist, daß mehrere Ansprüche nebeneinander entstehen, die dasselbe rechtliche Ziel verfolgen, können logische, wirtschaftliche, prozessuale Gründe die Rechtsordnung bestimmen, die Befriedigung beider nebeneinander auszuschließen.

So wird aus der Koexistenz eine Konkurrenz der Ansprüche.

Wir können demnach unserer Erörterung folgende Definition zugrunde legen: Konkurrenz der Ansprüche ist das Zusammentreffen mehrerer auf dasselbe Ziel gerichteter Ansprüche desselben Berechtigten gegen denselben Verpflichteten.

2. Enthält nun der vorliegende Fall alle Elemente dieses Begriffes?

Daß die nötige Identität des Personenverhältnisses vorliegt, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Zweifelhaft ist es aber schon, ob auch Identität des Zieles vorliegt.

Die für dieses Begriffselement gebrauchten Ausdrücke weichen bei den einzelnen Schriftstellern sehr voneinander ab. Savigny a. a. O. S. 208 und Unger, Syst. d. österr. allgem. PrR. II S. 388 sprechen von Identität des „juristischen Gegenstandes"; Merkel a. a. O. S. 93 spricht von Identität der „Leistung". Ferner ist öfter der Ausdruck „Einheit des Erfolges" [1]) und auch der Ausdruck „Einheit des Interesses" [2]) gebraucht worden.

Eine Vereinigung des subjektiven und objektiven Momentes strebt augenscheinlich die Formel „Einheit des rechtlichen Interesses" [3]) an.

Wir schließen uns ihr deshalb nicht an, weil wir die Betonung des „rechtlichen" hier zu vermeiden wünschen.

Es erscheint uns vielmehr als das Geeignetste, allgemein

---

[1]) Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I S. 418; Crome, Lehrbuch I S. 533; Hölder, Komm. S. 414.

[2]) Enneccerus-Lehmann I S. 331.

[3]) Hellwig, Anspruch und Klagr. S. 105; Regelsberger, Pand. I S. 654.

auf die Einheit des Zweckes oder des Zieles abzustellen.[1]) Ehe wir entscheiden können, ob bei unseren Ansprüchen Einheit des Zieles vorliegt, müssen wir noch wissen, was unter diesem Begriff zu verstehen sei. Wenn zwar ebenso wie über die Benennung auch über deren Sinn die ausgesprochenen Ansichten voneinander abweichen, so ist man sich doch darüber einig, daß für die Bestimmung des Ziels der Ansprüche nicht ihre rechtliche Natur maßgebend sei.

Einheit des Ziels ist hier vielmehr in wirtschaftlichem Sinne zu verstehen.[2])

Liegt diese „Einheit des Ziels" in unserem Falle vor?

Es ist in der Literatur mehrfach ausgesprochen worden, daß die actio quanti minoris nicht mit der actio redhibitoria konkurriert, weil von Einheit des Zieles dann keine Rede mehr sein kann, wenn der eine Anspruch auf Aufrechterhaltung, der andere auf Aufhebung des Rechtsgeschäftes geht.[3])

Demnach würde also auch die Möglichkeit einer Konkurrenz zwischen dem Schadensersatz- und dem Wandlungsanspruch begrifflich ausgeschlossen sein.

Doch man kann u. E. auch hier als „Ziel" im Sinne unserer Definition die Befriedigung des Käufers wegen mangelhafter

---

[1]) Diese Formulierung finden wir passim schon bei Savigny und Unger a. a. O.; sie wird gebraucht von Eisele a. a. O. S. 329; Arndts, Pand. S. 169; Windscheid-Kipp S. 530 (Pand.) Note 10; Wächter, Pand. I S. 480; württemb. Privatr. II S. 461; Dernburg, Pand. I S. 318; Matthiaß, Lehrbuch I S. 291; Hellmann, Vortr. S. 206; Peters a. a. O. S. 9; auch die Mot. I S. 278 gebrauchen diesen Ausdruck.

[2]) Eisele a. a. O. S. 329 identifiziert gemeinsamen Zweck mit gemeinsamem vermögensrechtlichen Erfolg. Savigny a. a. O. S. 208f. erklärt sich über die Bedeutung des von ihm gebrauchten Begriffes „juristischen Gegenstand" dahin, daß darunter nicht der materielle Gegenstand zu verstehen sei. „Auf dasselbe Haus oder Pferd können Ansprüche und Klagen so verschiedener Art vorhanden sein, daß diese Klagen gar keine Berührung miteinander haben. Wenn aber mehrere Klagen die Entschädigung für denselben Verlust . . . bezwecken, so haben sie den juristischen Gegenstand miteinander gemein." Für die heutige Literatur vgl. z. B. Hellwig, Anspruch S. 105.

[3]) Savigny, System V S. 256; Eisele a. a. O. S. 330; Helßig S. 72.

Erfüllung ansehen und so von diesem Gesichtspunkt aus für die vorliegenden Ansprüche Identität des Zieles annehmen.[1])

3. Doch wenn auch der Schadensersatz- wie der Wandlungsanspruch des Käufers sich gegen dieselbe Person richten, wie auf dasselbe Ziel gehen, so darf man auf das Verhältnis dieser beiden Ansprüche u. E. doch nicht die für die Anspruchskonkurrenz maßgebenden Grundsätze anwenden. Hat A von B eine Sache gemietet, hat C von D ein Buch entliehen und dasselbe beschädigt, so werden wir auf das Verhältnis des Eigentums- und Mietsanspruches des B gegen A und auf das Verhältnis des Leih- und Deliktsanspruches des D gegen C die für die Anspruchskonkurrenz maßgebenden Grundsätze anwenden und aus ihnen folgern, daß mit der Befriedigung des einen der beiden Ansprüche auch der andere erlischt.[2])

Anders in unserem Falle. Während in jenen Beispielen aus dem Gesetz über das Verhältnis der vorliegenden Ansprüche nichts hervorging, und die betr. Entscheidungen stets erst aus allgemeinen Grundsätzen deduziert werden mußten, hat in unserem Falle bereits das Gesetz gesprochen und damit die Wissenschaft der Arbeit enthoben.

Dadurch, daß § 463 sagt, der Käufer kann statt der Wandlung Schadensersatz verlangen, hat das Gesetz über das Verhältnis entschieden: es hat die Konkurrenz im Sinne einer Alternativität gelöst.[3])

---

[1]) Ebenso Hellwig, Anspr. und Klagr. S. 87, 1 bzgl. des Wandlungs- und Minderungsanspruches; Regelsberger, Pand. S. 654; Unterholzner a. a. O. S. 101; auch Windscheid („Die actio" S. 77) nimmt im Anschluß an Julian (l. 25 § 1 D. 44, 2) an, daß die actio redhibitoria und die actio quanti minoris auf einen „identischen Gegenstand" gehen.

[2]) vgl. Endemann a. a. O. S. 418; Matthiaß, Lehrbuch I S. 291; Kuhlenbeck a. a. O. I S. 556 u. a. m.

[3]) Savigny a. a. O. V S. 256 hat zuerst diese Fälle aus der Konkurrenzlehre ausgeschieden. Vgl. auch Hartmann, Archiv f. d. zivil. Praxis Bd. 50 S. 122 und für das heutige Recht; Crome S. 532 (a. a. O.); Leonhard, Der allgem. Teil S. 198.

Hellwig (Anspr. u. Klager. S. 101 ff.) spricht allerdings von alternativer Anspruchskonkurrenz, leitet aber die für sie maßgebenden Grundsätze nicht aus dem Wesen der Konkurrenz ab, sondern aus dem der Alternativität; ebenso Endemann a. a. O. S. 419; Kuhlenbeck a. a. O. I S. 555.

Daß wir es hier nicht mit einer eigentlichen Anspruchskonkurrenz zu tun haben, zeigt sich auch bei folgender Erwägung.

Der Schadensersatz, wie der Wandlungsanspruch beruhen auf demselben Rechtsgrunde,[1]) während dem Wesen der Anspruchskonkurrenz nur verschiedenartige Ansprüche und deshalb nur Ansprüche, die auf verschiedenen Rechtsgründen beruhen, entsprechen. Vgl. Helssig a. a. O. S. 70; Peters a. a. O. S. 70.

Verschiedene auf demselben Rechtsgrunde beruhende Ansprüche existieren in Wirklichkeit nie nebeneinander, sondern stehen, wofür unser Fall ein Beispiel bietet,[2]) höchstens in einem Alternativitätsverhältnis. — Streng logisch hat der Käufer gar nicht einen Schadensersatz- und einen Wandlungsanspruch. Er kann, wie § 463 sagt, statt der Wandlung Schadensersatz verlangen: er hat also nur den Schadensersatz- oder den Wandlungsanspruch.

Ein „Zusammentreffen" beider Ansprüche ist nach der Bestimmung des Gesetzes eigentlich gar nicht möglich.

Für Komplexe von Ansprüchen, die schon durch das Gesetz in ein Alternativitätsverhältnis gesetzt sind, gilt u. E. dasselbe, was Merkel bezüglich der Solidarobligationen zutreffend bemerkt hat:[3])

„Es hat keinen Wert mehr zu deliberieren, ob die Fälle solidarischer Verpflichtungen Konkurrenzfälle sind. Jedenfalls haben sie für unsere Dogmatik anderswo besonderen Raum."

II. Wir wollen demnach jetzt das Wesen dieses Alternativitätsverhältnisses zu ergründen und daraus die Konsequenzen zu entwickeln suchen.

1. Es ist in der Literatur die Ansicht vertreten worden, daß das Gesetz im § 463 eine Alternativobligation statuiert

---

[1]) Näheres darüber s. unten S. 53.

[2]) Ein weiteres Beispiel dafür, daß verschiedene auf demselben Rechtsgrund beruhende Ansprüche in Wahrheit nie konkurrieren können, ist das nur anscheinende Nebeneinanderbestehen des Rückgabeanspruches und des für den Fall der Nichtrückgabe dieser Sache geltend gemachten Schadensersatzanspruches.

[3]) Merkel, KrVJ. Bd. 30 S. 197.

habe, auf welche die vom Gesetz für die Wahlschuld getroffenen Normen Anwendung zu finden hätten.[1])

Dem glauben wir uns jedoch nicht anschließen zu dürfen. Die Anwendung der für die Wahlschuld getroffenen Bestimmungen auf unser Anspruchsverhältnis entspricht u. E. nicht dem Wesen beider Institute.

α) Bei der Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers handelt es sich um einen inhaltlich unbestimmten Anspruch, der erst durch die Wahl des Berechtigten die nötige Bestimmtheit erhalten muß.[2])

Ist diese Wahl aber einmal erfolgt, dann soll — wie es wohl auch als dem Wesen dieses Verhältnisses angemessen gelten muß —, der Schuldner Gewißheit über den Inhalt seiner Verpflichtung haben. Die Wahlbefugnis des Gläubigers erlischt daher durch einmalige Ausübung.[3])

b) In unserem Falle handelt es sich nun nicht um einen Anspruch unbestimmten Inhalts, sondern das Gesetz hat dem Käufer neben seinem Wandlungsanspruch einen selbständigen Schadensersatzanspruch, allerdings mit der Einschränkung gegeben, daß er nur den einen statt des anderen ausüben kann.

Man kann daher hier nicht von einer noch unbestimmten Verpflichtung des Schuldners sprechen, die erst durch eine Wahl konkretisiert werden müßte.

---

[1]) Litten a. a. O. S. 118; Chamizer S. 50.

[2]) Es soll hier nicht näher eingegangen werden auf die für unsere Erörterung irrelevante Frage nach der Konstruktion der Wahlschuld. Nur so viel sei gesagt, daß wir uns weder der von Bernstein (Der alternative Wille und die altern. Obl. S. 4) sogen. suspensiven Pendenztheorie (so Enneccerus-Lehmann I S. 417), noch der resolutiven Pendenztheorie (so die herrschende Meinung: vgl. Schollmeyer, Komm. S. 60; Endemann, Lehrb. S. 666, 3 und besonders auch Litten S. 73 ff. mit Berufung auf § 265) anschließen möchten. Wir sind vielmehr der Ansicht, daß die Erklärung des Wesens der Wahlschuld überhaupt nicht die Annahme einer Bedingung verlangt, vielmehr ein der Genusschuld verwandtes Schuldverhältnis mit „beschränkter Unbestimmtheit der Leistung ist" (vgl. Crome Bd. 2 S. 90; Dernburg, Lehrb. des bürgerl. Rechts II, 1 S. 97).

[3]) d. h. durch Erklärung, wie das BGB. § 263, 2 in Entscheidung einer gemeinrechtlichen Streitfrage bestimmt, Windscheid-Kipp § 255 q).

Hier bedarf es keiner besonderen Wahlerklärung, um dem Schuldner Gewißheit über die von ihm zu erfüllende Verpflichtung zu verschaffen.

Es könnte daher auch bei einem derartigen Alternativitätsverhältnis der Schuldner u. U. in Verzug kommen, ohne daß der Gläubiger ein bestimmtes Verlangen überhaupt geäußert hätte; denn es wäre doch denkbar, daß für die Erfüllung des einen Anspruchs eines solchen Anspruchskomplexes eine Zeit nach dem Kalender bestimmt wäre (§ 284 Abs. 2).

c) Daß der Gläubiger auch bei einem derartigen Verhältnis zweier Ansprüche an seine einmal abgegebene Erklärung, den einen ausüben zu wollen, gebunden sein soll, geht u. E. aus dem Wesen eines solchen Verhältnisses ebensowenig wie aus dem Gesetz hervor.

Die Wahlerklärung enthält bei der Wahlschuld die Entscheidung des Berechtigten, die eine Leistung und nicht die andere zu wollen.

In der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wegen nicht gehöriger Erfüllung kann man dagegen wohl nicht den Willen des Berechtigten sehen, schon damit auf die Geltendmachung der anderen ihm vom Gesetz gewährten Rechte endgültig zu verzichten.[1])

Es erscheint uns das vorliegende Alternativitätsverhältnis nicht der Wahlschuld so wesensverwandt zu sein, daß die für diese getroffenen Bestimmungen auch hier Anwendung finden müßten.

Ob jedoch Treu und Glauben die vom Gesetz für die Wahlschuld getroffene Entscheidung auch im vorliegenden Fall fordern, soll später erörtert werden.[2])

2. Wenn demnach die Charakterisierung des vorliegenden Anspruchsverhältnisses als Wahlschuld oder ein der Wahlschuld verwandtes Alternativitätsverhältnis für die Entscheidung unserer Frage nicht maßgebend sein dürfte, so werden wir uns jetzt

---

[1]) Näheres s. unten S. 20 ff.; vgl. Kipp, Rechtswahrn. und Reurecht S. 126.

[2]) s. unten S. 17—18.

fragen, ob das Verhältnis dieser beiden Ansprüche vielleicht als facultas alternativa charakterisiert werden darf, und wenn wir dies bejahen müssen, weiter sehen, ob wir durch die Anwendung der für die facultas alternativa geltenden Grundsätze eine Antwort auf unsere Frage finden können.

a) Die Möglichkeit, das vorliegende Verhältnis als facultas alternativa anzusehen, ist wohl schon durch das in § 463 gebrauchte Wörtchen „statt" gerechtfertigt. Denn „statt" ist der charakteristische Ausdruck des Bürgerlichen Gesetzbuches für dieses Institut.[1])

Aus dem Worte „statt" allein wollen wir allerdings nicht das Vorliegen einer facultas alternativa folgern, sondern wir prüfen wieder, ob ihre Begriffselemente in unserem Falle gegeben sind.[2])

α) Das Wesen der facultas alternativa des Gläubigers läßt sich dahin charakterisieren, daß der Gläubiger berechtigt ist, einem Anspruch einen anderen zu substituieren.[3])

Ob diese Ansprüche jedoch in dem Verhältnis von primärem und sekundärem Anspruch stehen müssen, ist nicht unbestritten.

Der dies bejahenden herrschenden Ansicht gegenüber macht Langheineken geltend,[4]) daß ebenso wie es eine facultas alternativa bleibt, wenn sich hinter dem sekundären ein tertiärer Anspruch anschließt (§ 480 Abs. 2), man auch das Verhältnis

---

[1]) vgl. außer § 463 §§ 249 Satz 2, 275 Satz 2, 325 I 3, 340 I 1, 480, 1052 I 1, 1077 I 2, 1393 usw.; vgl. Hellwig, Anspruch u. Klagr. S. 103 Anm. 8; Endemann a. a. O. I S. 666; Langheineken, Anspr. u. Einr. S. 206.

[2]) Auf die Möglichkeit eines der facultas alternativa des Schuldners analogen Rechtsverhältnisses auf seiten des Gläubigers hat in der gemeinrechtlichen Literatur zuerst Regelsberger (Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 152 ff.) hingewiesen. Ihm ist besonders Pescatore (a. a. O. S. 264 ff.) entgegengetreten, der die Ansicht verfocht, daß die Alternativermächtigung des Gläubigers lediglich ein Fall der alternativen Obligation mit Wahlrecht des Gläubigers sei. Wenn aber auch beide Erscheinungen tatsächlich viel Verwandtes haben, so ist die Selbständigkeit der facultas alternativa des Gläubigers allmählich doch allgemein anerkannt worden.

[3]) vgl. Schollmeyer, Komm. S. 61; Hellwig, Anspruch u. Klagr. S. 101/02 und die in Anm. 2 S. 11 angeführten Schriftsteller.

[4]) Anspruch und Einrede S. 204/05.

zweier alternativ verbundener primärer Ansprüche, wie sie in §§ 480 Abs. 1 Satz 1, 635 und in unserem Fall auftreten, als facultas alternativa bezeichnen müsse.

Im Resultat scheint uns Langheineken allerdings im Recht zu sein, während wir seiner Begründung nicht beistimmen können.

Der Begriff der „facultas" verlangt es u. E., nur das Verhältnis eines primären und sekundären Anspruchs hierunter zu subsumieren. Indes glauben wir, daß man die von Langheineken angeführten Fälle doch als facultates alternativae ansehen kann, indem man nämlich in ihnen gar nicht die Verbindung zweier primärer Ansprüche sieht.

Man darf dann allerdings nicht den komplizierten Begriff von Langheineken zugrunde legen.[1])

Im Gegensatz zu den primären Ansprüchen, die mit dem subjektiven Recht gegeben sind, sieht er nämlich in den sekundären Ansprüchen solche, „die sich unter der Einwirkung besonderer Tatsachen anderweit aus dem subjektiven Recht entwickeln".

In diesem Sinne liegen hier allerdings zwei alternativ verbundene, primäre Ansprüche vor. Denn es hat sich infolge des arglistigen Verschweigens bezw. infolge Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft weder der Schadensersatzanspruch aus dem Wandlungsanspruch, noch letzterer aus ersterem entwickelt. U. E. muß man aber unter sekundärem Anspruch einfach Eventualanspruch[2]) verstehen, d. h. einen Anspruch, den der Gläubiger, wenn er es will, anstatt seines ihm von vornherein zustehenden (primären) Anspruchs geltend machen kann.

β) Hiervon ausgehend kann man u. E. das vorliegende Anspruchsverhältnis als facultas alternativa charakterisieren, da dem Käufer, der den Wandlungsanspruch hat, in § 463 auf

---

[1]) Langheineken, Anspruch und Einrede S. 26.

[2]) Ebenso die herrschende Meinung: vgl. Schollmeyer, Komm. S. 61; Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 102; Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgeschäft S. 509; Düringer u. Hachenburg, Komm. z. HGB. S. 116/17; Weitz a. a. O. S. 32 ff.; Litten S. 97; Neumann, Handausgabe Note 1 zu 262 (S. 223).

Grund des arglistigen Verschweigens des Verkäufers beziehungsweise wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft die Befugnis zugebilligt ist, seinem Wandlungsanspruch einen Schadensersatzanspruch zu substituieren.[1])

b) Welche Grundsätze finden nun auf die facultas alternativa des Gläubigers Anwendung? Wie lange kann der Gläubiger seinen Entschluß bezüglich des geltend zu machenden Anspruchs ändern, wann ist er an seine Wahl gebunden?

Im Gesetz findet sich für die Beantwortung dieser Fragen kein Anhaltspunkt und es weichen demgemäß auch die in der Literatur vertretenen Entscheidungen sehr voneinander ab.

Staudinger[2]) meint, man müsse, da das Gesetz über das ius variandi keine Auskunft gibt, im Einzelfall nach Treu und Glauben entscheiden. Wir werden uns dem nicht ohne weiteres anschließen, da zu diesem Auskunftsmittel wohl erst dann gegriffen werden darf, wenn sich auf keinem exakten Wege eine Lösung finden läßt.

Wenn nun das Gesetz auf eine Rechtsfrage keine direkte Antwort gibt, so wird man vielmehr zuerst versuchen, sich auf dem Wege der Analogie eine indirekte Antwort zu holen.

Auch in unserer Frage scheint dieser Weg leicht zum Ziele zu führen.

Denn für ein anderes Alternativitätsverhältnis, die Wahlschuld, regelt das Gesetz die Grenzen der Wahlbefugnis des Gläubigers ausdrücklich.

α) Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung ist in der Literatur häufig für zulässig erklärt worden.[3])

Sind aber Wahlschuld und facultas alternativa wirklich so wesensverwandt, daß die für das eine Institut gegebenen Normen auch als angemessen für das andere gelten können?

---

[1]) Für §§ 480 Abs. 1 Satz 1 und 635 gilt Analoges.

[2]) Komm. Note 3 zu § 325 S. 77.

[3]) So Dernburg, Lehrb. d. b. R. II S. 232; Stammler, R. d. Schuldverh. i. s. allg. Lehren S. 135; Neumann, Handausgabe Nr. 1 zu § 262 S. 224; Lehmann-Ring, Komm. z. HGB. S. 128; Kloß i. Sächs. Arch. IX S. 291; Planck (Komm. 1. u. 2. Aufl. Nr. 2 zu § 325), der in der im Erscheinen begriffenen 3. Aufl. seine Ansicht geändert hat.

Wie wir oben die Zusammenfassung des vorliegenden Alternativitätsverhältnisses mit der Wahlschuld zu einem Institut wegen ihrer Wesensverschiedenheit ablehnen mußten, so können wir hier nicht deshalb, weil wir dasselbe Verhältnis jetzt als facultas alternativa ansehen, die Wesensverwandtschaft desselben mit der Wahlschuld bejahen.

Durch analoge Anwendung des § 263 läßt sich daher die Lösung nicht gewinnen.

β) Wenn sich also für die facultas alternativa weder direkt[1]) noch kraft Analogieschlusses Bestimmungen aus dem Gesetze entnehmen lassen, so bleibt uns noch übrig, aus der Natur der Sache die anzuwendenden Normen abzuleiten.

α_1) Dies tat bereits auch Regelsberger.[2])

Er stellte als Grundsatz auf, daß die Entscheidung des Gläubigers für den sekundären Anspruch die Suspensivbedingung für dessen Entstehung und die Resolutivbedingung für das Erlöschen des primären Anspruchs sei.

Doch die Konsequenzen dieses Satzes zog er nicht. Denn er räumte ein, daß die einmal erklärte Entscheidung zurücknehmbar sei, wenn der Schuldner einwilligt oder dem Gläubiger „ersichtlich diese Befugnis in einem umfänglicheren Sinne beigelegt ist".

War jedoch durch die Entscheidung für den zweiten Anspruch der erste erloschen, so hätte er nur durch einen neuen Vertrag wieder entstehen können.[3])

Aus der Inkonsequenz Regelsbergers scheint uns aber hervorzugehen, daß er selbst schon fühlte, es verlange nicht der Begriff der facultas alternativa, den Gläubiger an seine einmal erklärte Entscheidung für den sekundären Anspruch zu binden.

β_1) Trotzdem sind die von Regelsberger aufgestellten Grundsätze auch heute noch als herrschende zu bezeichnen.[4])

---

[1]) Über die Bedeutung der sich vereinzelt im Gesetz findenden Bestimmungen (§ 340 Abs. 1 Satz 2 und § 342) s. unten S. 14 ff.

[2]) In Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 161.

[3]) vgl. Pescatore a. a. O. S. 272.

[4]) vgl. Schollmeyer, Kommentar S. 61; Hellwig, Anspr. u. Klagr.

Den für unseren Fall in Betracht kommenden Grundsatz der resolutiven Bedingtheit des primären Anspruchs durch die Geltendmachung des sekundären leitet Hellwig direkt aus dem Gesetze ab: er sieht ihn in § 340 Abs. 1 Satz 1 ausgesprochen.[1])

Es handelt sich in der angezogenen Bestimmung um den Fall, daß der Gläubiger, da der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist, neben dem Erfüllungsanspruch einen Anspruch auf Konventionalstrafe hat. Das Gesetz bestimmt hier, daß der Gläubiger durch seine Erklärung, die Strafe zu verlangen, seinen Erfüllungsanspruch verwirke.

Darf man nun diese Bestimmung verallgemeinern, sie als für alle Fälle der facultas alternativa anwendbar halten? Oder haben wir es hier vielleicht mit der Normierung eines Sonderfalls zu tun, aus dem sich durch Analogieschluß kein Grundsatz entnehmen läßt?

Wir betrachten zunächst die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung.[2])

Dem § 340 BGB. entspricht § 420 des ersten Entwurfs. Hier war das Verhältnis der verschiedenen Rechte des Gläubigers als Wahlschuld gestaltet, und man begründete dies in den Motiven damit, daß der Schuldner durch ein ius variandi des Gläubigers „augenscheinlich in eine schlimme Lage käme, welcher ihn auszusetzen kein Grund vorhanden sei".[3])

Aus der im ersten Entwurf statuierten Wahlschuld machte jedoch die zweite Kommission eine Alternativermächtigung (vgl. § 292 E. 2).[4])

S. 101; ebenso für bes. Fälle Planck III zu § 249, in Anwendung auf den vorliegenden Fall Cosack I S. 450.

[1]) Anspr. u. Klagr. S. 12; ebenso Deshamps S. 62.

[2]) Um unseren Standpunkt zu den Materialien des Gesetzes — bevor wir diese in die Erörterung hineinziehen — hier kurz zu charakterisieren, so messen wir ihnen zwar keine für die Auslegung des Gesetzes ausschlaggebende Bedeutung bei, meinen aber, daß sie für die bei der Interpretation zu berücksichtigende Entstehungsgeschichte des Gesetzestextes wertvolle Belege geben können. Vgl. Crome I S. 101 Anm. 20; Eck, Vorträge S. 30.

[3]) Motive Bd. 2 S. 276.

[4]) Protokolle Bd. 1 S. 776.

Die Kommission war der Ansicht, aus dieser Gestaltung folge, daß der Gläubiger dadurch, daß er Erfüllung verlange, nicht gehindert werde, statt derselben später die Strafe zu beanspruchen, während er umgekehrt durch das Verlangen der Strafleistung das Recht, Erfüllung zu fordern, verliere.

Wäre dies aber wirklich nur eine Konsequenz der facultas alternativa, so ist es nicht recht verständlich, warum es hier noch ausdrücklich bestimmt ist, während z. B. § 249, der für den Berechtigten auch eine facultas alternativa statuiert, diese Bestimmung nicht enthält. U. E. erklärt sich dies daraus, daß diese Bestimmung gar nicht aus dem Wesen der facultas alternativa stammt, sondern aus dem schon in den Motiven hervorgehobenen Bestreben, den Schuldner möglichst zu schonen. Man wollte durch diese Regelung offenbar bewirken, daß der Gläubiger seinen Anspruch auf Konventionalstrafe, der doch regelmäßig für den Schuldner sehr drückend sein wird, dann nicht ausübe, wenn sein Interesse auch durch nachträgliche Erfüllung genügend gewahrt werde.

Hat der Gläubiger einmal Konventionalstrafe verlangt, so soll damit sein Erfüllungsanspruch erloschen sein.

Da aber für das Erlöschen des Erfüllungsanspruches die allgemeinen für Ansprüche statuierten Erlöschungsgründe nicht in Betracht kamen, so lag es allerdings nahe, den Eintritt einer auflösenden Bedingung als Erlöschungsgrund anzunehmen und dies, wie es bei der Konstruktion des ersten Entwurfs aus dem Wesen der Wahlschuld im Simme der herrschenden Ansicht[1]) tatsächlich folgte, jetzt als aus dem Wesen der facultas alternativa folgend zu begründen.

Diese Ansicht der Kommission über die facultas alternativa hat jedoch im Gesetz keinen zwingenden Ausdruck gefunden. Denn auch im § 340 läßt das Gesetz das Erlöschen des primären Anspruchs nicht aus seiner resolutiven Bedingtheit folgen, sondern trifft diesbezüglich eine ausdrückliche Bestimmung.

Wie wir also die Ansicht der zweiten Kommission, daß diese allerdings dem „Wesen und Zweck der Konventionalstrafe“[2])

[1]) s. oben S. 14 Anm. 3.

[2]) Mot. II S. 276.

entsprechende Vorschrift schon ein Essentiale der facultas alternativa sei, für nicht begründet halten, so können wir uns auch der Generalisierung der in § 340 getroffenen Bestimmung nicht anschließen.[1])

γ_1) Aus demselben Grunde können wir aber auch die von Langheineken für die facultas alternativa aufgestellten Grundsätze nicht für maßgebend halten.

Er geht auch von dem Unterschied zwischen primärem und sekundärem Anspruch aus, führt aber noch den Begriff des „verhaltenen Anspruchs" ein.[2])

So nennt er einen Anspruch, der besteht, und zwar nicht fällig ist, aber doch unbeschränkt geltend gemacht werden kann.[3])

Seine Konstruktion unterscheidet sich von der soeben dargestellten dadurch, daß er in der Alternativermächtigung des Gläubigers nicht einen suspensiv und einen resolutiv bedingten Anspruch, sondern eine Verbindung zweier resolutiv bedingter Ansprüche sieht.

Der Anspruch auf die sekundäre Leistung sei ein verhaltener und sei resolutiv bedingt durch die Realisierung des primären Anspruchs. Die Resolutivbedingung für den primären Anspruch tritt aber auch nach Langheinekens Theorie schon mit der Geltendmachung des sekundären Anspruchs ein.

Da er jedoch diesen Grundsatz auch nur durch die Verallgemeinerung des § 340 Abs. 1 Satz 2 zu stützen vermag, können wir ihn nicht als maßgebend anerkennen.

δ_1) Einen von den bisher erörterten abweichenden Grundsatz hat Rehbein[4]) aus der Natur der facultas alternativa gefolgert. Er vertritt den Satz, daß die Geltendmachung der weiteren facultas nicht die Beschränkung auf die engere ausschließt. Rehbein führt als Beispiel an:

---

[1]) Im Resultat übereinstimmend Titze a. a. O. S. 195/96 Anm. 1; für einen speziellen Fall Staudinger, Erläuterung 5 zu § 249; auch Kipp, Rechtswahrn. u. Reur. S. 129 scheint im § 340 nur eine Sondervorschrift zu sehen.

[2]) Langheineken, Anspruch u. Einrede S. 101 ff.

[3]) Langheineken, Anspruch u. Einrede S. 205.

[4]) Rehbein, Das bürgerl. Recht II S. 189.

„Wer gemäß § 325 den Rücktritt erklärt hat, kann nachträglich die Bereicherung nach § 323 Abs. 3 des Minus fordern."

Dies ist sicherlich richtig, da der nach erfolgtem Rücktritt zur Herausgabe der empfangenen Leistungen Verpflichtete stets mindestens seine Bereicherung herauszugeben hat. Zweifelhaft ist aber schon, ob z. B. im Falle des § 249 Satz 2 der Anspruch auf den Geldersatz oder der Anspruch auf die Naturalherstellung das plus ist.

Noch weniger wird sich aber u. E. für den vorliegenden Fall sicher feststellen lassen, welcher der beiden Ansprüche ein „Mehr" in bezug auf den anderen enthält.

Eine Anwendung des Rehbeinschen Grundsatzes kann daher für uns nicht in Frage kommen.

γ) Wir konnten also weder den von Regelsberger aufgestellten, noch immer als herrschend zu bezeichnenden Grundsatz als unbedingt maßgebend anerkennen, mußten ebenso die Theorie Langheinekens abweisen und werden auch den von Rehbein aufgestellten Grundsatz für uns nicht verwerten können.

U. E. wird man eine allgemein zutreffende Entscheidung bezüglich des ius variandi des Gläubigers überhaupt nicht aus dem Wesen der facultas alternativa ableiten können.

III. Läßt es sich sonach nicht nach dem Charakter des Alternativitätsverhältnisses entscheiden, wann der Käufer das Recht des Entschlußwechsels bezüglich beider Ansprüche verliert, so müssen wir jetzt noch die Anwendbarkeit der für das ius variandi des Berechtigten aufgestellten allgemeinen Grundsätze prüfen.

Es wird von einigen Schriftstellern die Ansicht vertreten, daß, wenn auch für das ius variandi § 263 nicht bei allen Alternativitätsverhältnissen direkte Anwendung finden dürfte, so doch die Berücksichtigung von Treu und Glauben die Unwiderruflichkeit der einmal erklärten Entscheidung fordere.[1])

[1]) Allerdings wird dies nur bezüglich des in § 325 statuierten Anspruchskomplexes ausgesprochen, ist aber wohl als allgemein für derartige Anspruchskomplexe maßgebend gemeint. Vgl. Planck, 1. u. 2. Aufl. Nr. 2 zu § 325; Oertmann, Erläuterung 2 zu § 325; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit usw. S. 158 ff.

Hiergegen ist geltend zu machen, daß der Verkäufer, wenn ihm daran liegt, sich über den definitiv zu befriedigenden Anspruch bald Gewißheit verschaffen kann.

Er kann den Käufer dadurch, daß er ihm gemäß § 466 für die Geltendmachung des Wandlungsanspruches eine angemessene Frist setzt, auf die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches nach Ablauf dieser Frist beschränken.

Außerdem steht es ja auch in seiner Hand, einen Entschlußwechsel des Käufers dadurch zu verhindern, daß er den einmal geltend gemachten Anspruch sogleich befriedigt, bezw. auch dadurch, daß er die Befriedigung ordnungsmäßig anbietet.[1])

Hat aber der Käufer einmal seinen Schadensersatzanspruch geltend gemacht und sieht er dann, daß sein Schaden vom Richter zu niedrig bewertet werden wird, oder gar daß der Verkäufer insolvent ist, so könnte er nach jener Entscheidung nicht mehr auf sein Wandlungsrecht zurückgreifen.

Diese Konsequenzen zeigen u. E., daß Treu und Glauben durchaus nicht die Bindung des Käufers an den einmal geltend gemachten Anspruch verlangen.[2])

Es wurde dann auch als aus dem Prinzip der Unwiderruflichkeit der Willenserklärung folgend begründet, daß der Gläubiger, nachdem er den einen Anspruch geltend gemacht habe, sich nicht mehr für den anderen ihm alternativ zustehenden entscheiden könne.[3])

Hiergegen muß eingewendet werden, daß es sich nach dem Charakter der einzelnen Willenserklärung richtet, ob sie widerruflich ist oder nicht. So ist z. B. die Rücktrittserklärung unwiderruflich.

Denn das durch diese Erklärung unmittelbar erzeugte auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gerichtete Schuldverhältnis kann gemäß § 305 grundsätzlich nicht einseitig wieder aufgehoben werden.

---

[1]) vgl. unten S. 48 u. 58 ff.

[2]) vgl. Planck, Komm. Erl. 2 zu § 325 in der 3. Aufl. im Gegensatz zu der in der 1. u. 2. Aufl. vertretenen Ansicht.

[3]) Goldmann-Lilienthal § 97 S. 379.

Eine ganz andere Wirkung hat jedoch die Erklärung, Schadensersatz zu beanspruchen.

Ihrem Charakter als einer „Gehorsam fordernden" Erklärung[1]) entspricht die Unwiderruflichkeit durchaus nicht.[2])

Daß ein ius variandi überhaupt unstatthaft sei, hat einst Jhering[3]) sehr nachdrücklich vertreten.

Ihm folgte Demelius[4]) und anfänglich auch Regelsberger.[5])

Regelsberger erkannte[6]) jedoch später selbst an, daß dieser Standpunkt zu einseitig sei, und daß man die Absicht der Parteien, m. a. W. den Zweck der alternativen Fassung berücksichtigen müßte.

Er unterschied demgemäß zwischen den Fällen, in denen nach dem Parteiwillen die Alternative die Bedeutung eines „Provisoriums" haben sollte, und den Fällen, in denen sie eine „endgültige Qualität"[7]) des Schuldverhältnisses bilden sollte. Für alle Fälle eines Alternativitätsverhältnisses ist diese Unterscheidung allerdings nicht mehr nötig, denn für die Wahlschuld hat das Bürgerliche Gesetzbuch durch § 263 Abs. 2 die letztere Absicht als im Zweifel maßgebend erklärt.

Ob aber hier, wo das Gesetz das ius variandi nicht ausdrücklich geregelt hat, die Entscheidung nicht auch von der ratio der gesetzlichen Einführung der Alternative ausgehen müsse, soll später erörtert werden.[8])

IV. 1. Wir sind auf Grund der bisherigen Untersuchungen zu der Überzeugung gelangt, daß einerseits für die Fälle, in denen das Gesetz dem Berechtigten mehrere Rechte zur Wahl gestellt hat, weder das Schema der Alternativobligation noch

---

[1]) vgl. Kipp, Rechtswahrnehmung u. Reurecht S. 120 ff.

[2]) Näheres s. unten S. 20 ff.

[3]) Jhering in seinen Jahrb. Bd. 1 S. 31.

[4]) Demelius, Ausübung des Wahlr. in obl. Verh., Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. Bd. 17 S. 29 ff.

[5]) Im Arch. ziv. Pr. Bd. 49 S. 208.

[6]) Regelsberger in Jherings Jahrb. Bd. 17 S. 171 ff.

[7]) Die Beziehungen stammen von Demelius a. a. O. S. 25.

[8]) s. unten S. 20 ff.

das der facultas alternativa unbedingt maßgebend sein kann,[1]) andrerseits für das ius variandi bei den einzelnen Alternativitätsverhältnissen nicht dieselben Normen entscheidend sein dürfen.

2. Zur Lösung der Frage, ob und wie lange im vorliegenden Falle ein Recht des Entschlußwechsels des Käufers anzuerkennen ist, werden wir daher in erster Reihe die ratio der Statuierung derartiger wahlweise zustehender Rechte berücksichtigen und dann aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Entscheidung ableiten.

Man muß u. E. davon ausgehen, daß dem Berechtigten durch die Zubilligung mehrerer auf dasselbe wirtschaftliche Ziel gehender Ansprüche die Möglichkeit geboten werden sollte, die Lösung des kraft Gesetzes entstandenen Schuldverhältnisses in der ihm am besten erscheinenden Weise herbeizuführen, und daß eine Beschränkung des Rechtes des Entschlußwechsels bezüglich dieser Ansprüche weder direkt noch indirekt aus dem Gesetze folgt.

Wir können demnach annehmen, daß der Käufer so lange von der Ausübung des einen Rechts auf die des anderen übergehen kann, als dies nicht durch die Natur seiner Rechtsausübung oder Treu und Glauben — die ja die Schranke jedes Schuldverhältnisses bilden — ausgeschlossen wird.

A. Zunächst fragt es sich, ob der Käufer dadurch, daß er einen der beiden Ansprüche geltend zu machen erklärt hat, sich des Rechts beraubt hat, später den anderen Anspruch auszuüben.

Wir glauben diese Frage verneinen zu müssen.

Denn die Erklärung, statt des einen Rechts das andere auszuüben, ist nicht wie die Wahlerklärung bei der Wahlschuld vom Gesetz als „Gestaltungsrecht“,[2]) dessen Ausübung auf das Schuldverhältnis rechtsändernd einwirkt, konstruiert worden.

---

[1]) vgl. die im Prinzip übereinstimmende Bemerkung Kipps bezgl. der Noxalklagen in der Savigny-Zeitschr. X S. 402.

[2]) Es sind dies Rechte, die die Macht gewähren, durch eins. Rechtsgeschäft eine bestimmte Rechtswirkung herbeizuführen. Vgl. bes. Seckel, Die Gestaltungsrechte des BGB.; Seckel a. a. O. S. 212, 2.

Ebensowenig ist es aber auch gerechtfertigt, in dem Verlangen der Befriedigung des einen Anspruchs einen Verzicht auf den anderen zu erblicken.[1])

Es kann, da die Prozeßkonsumtion des alten römischen Rechts heute nicht mehr gilt, u. E. auch keinen Unterschied machen, ob der Berechtigte seinen Willen durch außergerichtliche Erklärung oder durch Klageerhebung kund getan hat.

Allerdings kann der Käufer gemäß ZPO. § 271 nach Beginn der mündlichen Verhandlung die Klage nicht ohne Einwilligung des Verkäufers zurücknehmen. Auch würde er, wenn er jetzt auf einen der beiden Ansprüche verzichtete, durch die Abweisung gemäß § 306 ZPO. auch den anderen Anspruch verlieren.

B. Wie ist es nun, wenn dem Käufer einer der beiden Ansprüche rechtskräftig zugesprochen wurde? Ist er jetzt auf die Ausübung dieses Rechts beschränkt?

I. Um zu prüfen, ob der Käufer, nachdem er einmal über seinen Wandlungsanspruch ein rechtskräftiges Urteil erzielt hat, später sich noch für den Schadensersatzanspruch entscheiden kann, müssen wir zunächst das Wesen des Wandlungsanspruchs zu erkennen suchen.

Der Wandlungsanspruch gibt, wie § 462 bestimmt, dem Käufer das Recht, „Rückgängigmachung des Kaufs“ zu verlangen.

Die Rückgängigmachung soll jedoch nicht durch einseitige Rücktrittserklärung des Käufers erfolgen, sondern dadurch, daß sich „der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt“ (§ 465).

Der Käufer hat kein Recht zur Wandlung, sondern ein Recht auf Wandlung (§§ 477, 478, 489, 490).

Es geht der Anspruch des Käufers auf Abschluß des die Rückgängigmachung herbeiführenden Vertrages. Wirkt der Verkäufer nicht freiwillig zu diesem Vertragsschluß mit, so ersetzt das den Verkäufer hierzu verurteilende rechtskräftige Erkennt-

---

[1]) vgl. Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht S. 126; Schöller a. a. O. S. 528 ff.

nis seine zu dem Vertragsschluß nötige Willenserklärung (§ 894 ZPO.).

Wird nun diese der sogen. Vertragstheorie folgende Konstruktion durch das Gesetz unweigerlich gefordert?[1])

Das wird von vielen angesehenen Schriftstellern immer von neuem verneint.[2])[3])

Sie gehen hierbei von der Überzeugung aus, daß die Vertragstheorie zu praktisch unannehmbaren Resultaten kommt, und führen dann aus, daß allerdings die Materialien des Gesetzes für jene Konstruktion sprechen, diese jedoch durch das Gesetz selbst keineswegs gefordert werde. Sie behaupten auch für das Bürgerliche Gesetzbuch die Geltung der sogen. gemeinrechtlichen Wandlungstheorie, d. h. sie sind der Ansicht, daß wie nach gemeinem, so auch nach heutigem Recht der Anspruch des Käufers, falls er schon geleistet habe, direkt auf die Rückzahlung des Preises gehe, und daß er auf Befreiung von der Zahlungspflicht gehe, falls der Käufer noch nicht geleistet habe.

1. Um zu prüfen, wie das Gesetz den Wandlungsanspruch konstruiert habe, wollen wir jetzt die von der Wandlung handelnden Bestimmungen des Gesetzes zu würdigen suchen.

a) Es kommt hier zunächst § 462 in Betracht.

Er lautet:

„Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandlung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen."

Dadurch, daß das Gesetz hier nicht von Aufhebung, sondern von „Rückgängigmachung" spricht, zeige sich, daß die Wandlung die Rückgewähr der empfangenen Leistungen in sich begreife.[4])

---

[1]) Die Vertragstheorie wird vertreten von Dernburg, Kipp, Schollmeyer, Hellwig, Endemann, Flechtheim, Planck, Staudinger, Kuhlenbeck, Oertmann u. a. m.

[2]) Dieser sogen. gemeinrechtlichen Theorie folgen Eccius, Crome, Fischer-Henle, Haymann, Heuer, Enneccerus-Lehmann, Lobe, Matthiaß, Neumann, in der 3. Aufl. Staub u. a. m.

[3]) Über von beiden abweichende Wandlungstheorien s. u. S. 45ff.

[4]) Eccius a. a. O. S. 319; ebenso Haymann a. a. O. S. 538.

Den Beweis für einen diesbezüglichen Sprachgebrauch zu erbringen, ist aber gar nicht versucht worden und dürfte auch, da Rückgängigmachung über den Inhalt dessen, was rückgängig gemacht werden soll, an sich nichts besagt, kaum zu erbringen sein.

Aus dem Begriff „Rückgängigmachung" argumentieren zu wollen, ist aber deshalb überhaupt nicht angängig, da das Gesetz nicht diesen Begriff, sondern nur den zusammengesetzten „Rückgängigmachung des Kaufes" gebraucht.

Dieser Begriff enthält nun aber etwas ganz Bestimmtes. Man braucht sich nur den Unterschied zwischen Kauf und Erfüllung des Kaufes zu vergegenwärtigen, um zu erkennen, daß die Rückgängigmachung des Kaufs, von der § 462 spricht, etwas anderes ist, als die Rückgängigmachung der Folgen des Kaufes.[1])

Die Hauptstütze der Vertragstheorie ist aber erst der § 465: „Die Wandlung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt."

Während die Vertragstheorie in dieser Bestimmung das Wesen der Wandlung charakterisiert sieht, wird eine solche Bedeutung des § 465 von der gemeinrechtlichen Theorie heftig bestritten.

Hätte durch § 465 ausgedrückt werden sollen, daß die Wandlung nur durch Abschluß eines Vertrages vollzogen werden könne, so hätte er lauten müssen:

„Die Wandlung wird dadurch vollzogen, daß der Verkäufer auf Verlangen des Käufers sich mit ihr einverstanden erklärt."[2])

Der Wortlaut des Gesetzes weicht hiervon in zweifacher Weise ab.

Aus „ist vollzogen" statt „wird vollzogen" ergäbe sich, daß das Gesetz nur einen Zeitpunkt festsetzen wollte, durch den das Wahlrecht des Käufers bezüglich dieser beiden Rechtsmittel begrenzt würde.

---

[1]) vgl. Planck N. 3a zu § 462; Oertmann im „Recht" Bd. 8 S. 5.

[2]) Eccius a. a. O. S. 324; Langheineken, Anspr. u. Einr. S. 220.

Aus dem Gebrauch des nur eine Bedingung oder einen Zeitpunkt bezeichnenden „wenn“ folge, daß der Vertrag kein Essentiale der Wandlung sei, sondern es werde hierdurch nur ausgedrückt, daß die Wandlung auch durch einen Wandlungsvertrag vollzogen werden könne.

Allerdings muß man zugeben, daß das Erfordernis eines Vertrages durch jene andere Formulierung deutlicher ausgedrückt worden wäre.

Man darf jedoch nicht außer acht lassen, daß der Vordersatz „die Wandlung ist vollzogen . . .“ von einem allgemeinen und nicht von einem besonderen Vollzug der Wandlung spricht, und daß es doch eigenartig wäre, wenn das Gesetz diesen Sonderfall des Wandlungsvollzuges ausdrücklich regelte, während der Hauptfall nur aus dem allgemeinen Begriff der Wandlung hervorgehen sollte. Wir glauben vielmehr, daß dieser Vollzug der Wandlung, von dem das Gesetz ausdrücklich spricht, auch der einzige ist.

Die gemeinrechtliche Theorie kommt nun auf Grund ihrer Auslegung des § 465 zu dem Resultat, daß der wirkliche Inhalt des in § 462 statuierten Wandlungsanspruches erst durch § 467 bestimmt würde,[1]) woraus sich ergäbe, daß der Anspruch direkt auf Rückgewähr und nicht auf Vertragsschluß gehe.

Gegen diese Ausschaltung des § 465 für die Bestimmung der durch das Gesetz geforderten Wandlungskonstruktion läßt sich schon die Stellung der Paragraphen geltend machen.

Wäre die Auslegung wirklich die vom Gesetz geforderte, so würde es unverständlich sein, daß § 467 nicht vor § 465 stände. Aus der Stellung der Bestimmungen geht wohl schon hervor, daß vor der Geltendmachung des im § 467 gegebenen Anspruchs der Vollzug der Wandlung gemäß § 465 kommt.[2])

Wie läßt sich aber — können wir hier schon der gemeinrechtlichen Theorie entgegenhalten — von dem Standpunkt aus, daß die Wandlung die tatsächliche Rückgewähr der gegen-

---

[1]) vgl. Enneccerus a. a. O. S. 605; Langheineken a. a. O. S. 228.

[2]) Ebenso Stratmann a. a. O. S. 26; ebenso Kaulbach a. a. O. S. 8; ebenso Mensing a. a. O. S. 10.

seitigen Leistungen sei, überhaupt § 465 erklären, nach dem die Wandlung bereits mit einer diesbezüglichen Einigung der Parteien vollzogen ist. Diese Schwierigkeit wird von einigen Vertretern jener Theorie dadurch umgangen, daß sie zwischen „vollziehen" in materieller Bedeutung und „vollziehen" in formeller Bedeutung unterscheiden.

Letzteres, soviel wie „zum Abschluß bringen", sei in § 465 gemeint, der daher nur besage: „Die dem Käufer zustehende Wahl zwischen Wandlung und Minderung ist definitiv geworden, wenn . . ."[1])

„Vollziehen" bedeutet nun aber im Gesetz stets soviel wie „zur Ausführung bringen",[2]) und es ist kein zwingender Grund vorhanden, hier einen anderen Sprachgebrauch anzunehmen.

Ein begrifflicher Unterschied zwischen „wandeln" und „Wandlung vollziehen"[3]) besteht u. E. überhaupt nicht.[4])

Die Gegner der Vertragstheorie beschränken sich jedoch nicht darauf, von § 465 negativ zu behaupten, daß er nicht das Wesen der Wandlung bestimme, sondern sie geben auch eine positive Deutung des § 465 dahin ab, daß er nur die Funktion habe, die Grenzen für das ius variandi des Käufers zu bestimmen.[5])

Haymann[6]) argumentiert hier damit, daß er den Gebrauch des Wortes „Wandlung" statt „Wahl" im § 465 einfach für eine „Ungenauigkeit" erklärt.

[1]) Thiele a. a. O. S. 390; Haymann a. a. O. S. 539.

[2]) vgl. BGB. §§ 525 ff., 2194, 2196; ZPO. § 928; KO. §§ 166, 169.

[3]) vgl. Endemann S. 995; auch Eccius S. 324 a. a. O. erkennt dies an.

[4]) Daß „Wandlung vollziehen" hier nicht den Sinn haben könne „aliter perfici non potest" will Leonhard (bei Eck Anm. 3 zu S. 451) damit beweisen, daß durch eine Zustimmung, bei der der Verkäufer das Geld nicht zurückgibt, die Wandlung im vulgären Sinne nicht vollzogen sei. Auf diese Argumentation kann man u. E. erwidern, daß der vulgäre Sinn eines Ausdrucks nicht die Bedeutung eines gesetzlichen terminus abzuändern vermag.

[5]) Eccius a. a. O. S. 324 Anm. 33; Matthiaß, Lehrb. I S. 498; Naumann, Handausgabe Erl. 2 zu § 462; Lobe S. 116; Fischer-Henle Erl. zu § 465; Heuer im „Recht" Bd. 6 S. 97.

[6]) a. a. O, S. 539.

Gegen eine solche Interpretation lassen sich u. E. keine sachlichen Gründe geltend machen.

Besonders aber berufen sich die Gegner für ihre Auslegung des § 465 auf dessen Entstehungsgeschichte.[1])

b) Wir wollen deshalb zusehen, ob sich die fragliche Auslegung wirklich aus ihr ergibt.[2])

In der ersten Kommission hatte man sich dafür entschieden, das Wandlungsrecht, um es der Verjährung zu unterwerfen, als Anspruch zu konstruieren. Und zwar sollte dieser Anspruch entsprechend der gemeinrechtlichen actio redhibitoria auf Restitution des Geleisteten bezw. auf Befreiung von der entstandenen Verpflichtung gehen.[3])

Als nun in der zweiten Kommission[4]) die Konstruktion des Wandlungsrechts als Gestaltungsrecht, und zwar als einseitiges Rücktrittsrecht empfohlen wurde, und es somit einer Ausschlußfrist unterworfen werden sollte, machte die Mehrheit demgegenüber geltend, daß das gemeine wie das preußische Recht die Frist als Verjährungsfrist behandelten und man nur dann davon abweichen sollte, wenn die betreffenden Rechte nach dem System des Entwurfs nicht als Ansprüche aufgefaßt werden könnten.

„Man könne aber das Verhältnis ohne Zwang in der Art gestalten, daß der Mangel den Käufer berechtige, die Aufhebung des Kaufs durch einen hierauf gerichteten Vertrag vom Verkäufer zu verlangen".

Daß sonach die Kommission, um das Wandlungsrecht als Anspruch zu gestalten, nicht den Rückgewähranspruch herangezogen hat, sondern den Anspruch auf Vertragsschluß gerichtet sein ließ, läßt sich daraus erklären, daß nach der Auffassung der Kommission Wandlung die „Aufhebung des Vertrages", nicht die tatsächliche Wandlung des Zustandes nach dem Vertragsschluß in den status quo ante war.[5])

---

[1]) Bes. Haymann a. a. O. S. 539 ff.

[2]) Über unseren Standpunkt zu den Materialien s. o. S. 14, 2.

[3]) Motive II S. 238 ff.

[4]) Prot. S. 673 ff.

[5]) Ebenso Kaulbach a. a. O. S. 18.

Die Rückgewähr der Leistungen war nach dieser Auffassung erst Folge der geschehenen Wandlung, konnte also nicht den Inhalt des Wandlungsanspruchs bilden.

Wenn nun die Kommission bei Annahme dieses Wandlungsbegriffes das Wandlungsrecht als Anspruch konstruieren wollte, so mußte sie die Wandlung als Vertrag gestalten.[1])

Die zweite Kommission beschäftigte sich ferner damit — worauf ja die gemeinrechtliche Theorie ihre Auslegung des § 465 vornehmlich stützt —, das Wahlrecht des Käufers bezüglich der beiden ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmittel zu regeln.[2])

Es wurde beantragt, den § 384 E. I, der die Bestimmungen der Alternativobligation für anwendbar erklärt hatte, durch die Vorschrift zu ersetzen: „Die Wahl ist vollzogen, wenn sie von dem Käufer gegenüber dem Verkäufer erklärt worden ist. Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich."

Hiergegen wurde nun geltend gemacht, daß, wenn dem Käufer mit der Wandlung ein Anspruch auf Vertragsschluß gegen den Verkäufer gegeben sei, kein Grund dafür vorhanden wäre, weshalb der Käufer auch dann an seine Erklärung gebunden sein sollte, wenn der Verkäufer den Vertragsantrag abgelehnt hätte.

Indem man also darauf hinwies, daß nach den Vertragsgrundsätzen die definitive Bindung an die Offerte erst mit Abschluß des Vertrages eintrete, erkannte man, daß durch die Vertragskonstruktion gleichzeitig das Wahlrecht normiert würde.

Diese Erkenntnis liegt auch der später für den § 483 vorgeschlagenen Bestimmung offenbar zugrunde: „Das Recht des Käufers, statt der verlangten Wandlung die Minderung oder statt dieser die Wandlung zu verlangen, oder statt der verlangten Wandlung oder Minderung bei dem Vertrage stehen zu bleiben, wird erst dadurch ausgeschlossen, daß der Verkäufer sich mit der Wandlung oder Minderung einverstanden erklärt hat.[3])

Voll anerkannt ist dieser Gedanke in dem nun folgenden Antrage, in welchem nur noch die Vollziehung der Wandlung

---

[1]) Haymann a. a. O. S. 535 meint, daß die zweite Kommission den Anspruchscharakter der actio redhibitoria nicht erkannt habe.

[2]) Prot. S. 685 ff.

[3]) Prot. S. 699.

normiert und das Wahlrecht also nur indirekt mittels der Vertragskonstruktion geregelt wurde.

Er lautete:

„Die Wandlung und die Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des letzteren, daß der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis herabgesetzt werde, einverstanden erklärt hat oder zur Wandlung oder Minderung rechtskräftig verurteilt ist.“[1])

Begründet wurde dieser Antrag mit den später so oft zitierten Worten: „Das Gesetz müsse der Rechtsanwendung einen deutlichen Fingerzeig über die ihm zugrunde liegende Konstruktion geben. Der Entwurf konstruiere das Recht auf Wandlung . . . als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufes, die Annahme des auf diesen gerichteten Vertragsantrags verlangen könne . . .“

Aus dem letztzitierten Antrage ist aber durch Streichung des letzten Passus seitens der Redaktionskommission der § 465 geworden.

Die Behauptung, daß § 465 auch nach seiner Entstehung nur die Bedeutung habe, das Wahlrecht des Käufers zu regeln,[2]) ist danach wohl nicht als begründet anzusehen.

c) Die Notwendigkeit der Vertragskonstruktion geht jedoch nicht nur aus den §§ 462, 465 hervor, auch aus den anderen von der Wandlung handelnden Bestimmungen des Gesetzes lassen sich noch wesentliche Argumente für sie entnehmen. Wir betrachten zunächst § 467.

Er lautet:

„Auf die Wandlung finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—348, 350—354, 356 entsprechende Anwendung . . .“

Diese hier für anwendbar erklärten Vorschriften trennen nun scharf das Recht zurückzutreten (§§ 350—353) von dem Recht nach erfolgtem Rücktritt (§§ 346—348).

---

[1]) Prot. S. 708.

[2]) s. S. 26.

Folgerichtig muß also auch hier das Recht auf Wandlung unterschieden werden von dem Recht aus der Wandlung.[1] [2])

Von den für den Rücktritt gegebenen Bestimmungen ist aber der § 349 — wie sich aus der Nichterwähnung ergibt — auf die Wandlung nicht anwendbar.

§ 349 lautet:

„Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil."

Wenn nun die Vollziehung der Wandlung von den Folgen der Vollziehung der Wandlung unterschieden werden muß, und der Vollzug der Wandlung durch einseitige Erklärung des Käufers ausgeschlossen wird, so bleibt nichts anderes übrig, als der Vollzug der Wandlung durch Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer.

2 *a*) Haben wir bisher zu zeigen versucht, daß die Vertragskonstruktion aus dem Gesetz zwingend hervorgehe, so müssen wir jetzt noch prüfen, ob die Vertragstheorie wirklich so schwere Widersprüche mit den übrigen Bestimmungen des Gesetzes in sich birgt, daß sie ihnen nicht standzuhalten vermag.

Der § 466 wird von der gemeinrechtlichen Theorie dafür ins Feld geführt, daß der Wandlungsvertrag gemäß § 465 wenn auch einer, so doch nicht der einzige Wandlungsvollzug des Gesetzes sei.

Der in ihm erwähnte Vollzug der Wandlung soll dem des § 465 widersprechen.

Nach § 466 kann, wenn der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache behauptet, der Verkäufer „ihn unter dem Erbieten zur Wandlung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandlung verlange".

Da sich also hier der Verkäufer erbiete, so stelle er und nicht der Käufer, wie § 465 bestimmt, die Offerte zum Wandlungsvertrag.[3]) Hieraus ein zwingendes Moment gegen die Vertrags-

---

[1]) Kloß S. 288.

[2]) Haymann a. a. O. S. 540 begnügt sich mit der Behauptung, das Recht auf Wandlung sei analog dem Recht nach erfolgtem Rücktritt.

[3]) Eccius a. a. O. S. 327; Lobe S. 117; Staub S. 1359; Müller S. 56; Thiele a. a. O. S. 412; auch Kipp (bei Windscheid S. 656) sieht

theorie herleiten zu wollen, ist u. E. deshalb nicht möglich, weil die Wandlung des § 466 ihrem Wesen nach dieselbe ist wie die des § 465, wenn auch die Parteirollen vertauscht sind.[1])

Weiter wird dann der Vertragstheorie der § 478 gegenübergestellt. § 478 gibt dem Käufer das Recht, unter gewissen Umständen „auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit zu verlangen, . . .“ Wenn nun der Käufer „auch“ nach der Vollendung der Verjährung diese Einrede hat, so gehe daraus hervor, daß er sie vorher gewiß gehabt habe. Also trete gemäß § 478 die Wandlung auch ohne vorhergehenden Aufhebungsvertrag ein.[2])

Die Prämisse dieses Beweises halten wir allerdings für richtig. Das Wörtchen „auch“ schließt wohl eine entgegengesetzte Ansicht aus.[3])

Aber der Schluß, daß mit dieser Weigerung die Wandlung durchgeführt werde, die Wandlung also auch ohne Aufhebungsvertrag eintrete, ist nicht gerechtfertigt.[4])

Wenn der Verkäufer die Wandlungseinrede geltend macht, so führt er gar nicht die Wandlung herbei, sondern diese Einrede

---

in § 466 einen Beweis dafür, daß das Gesetz die Vertragstheorie nicht konsequent durchgeführt habe.

[1]) Auch Haymann a. a. O. S. 543 und Langheineken, Anspr. u. Einrede S. 219 erkennen an, daß aus § 466 kein Argument gegen die Vertragstheorie zu entnehmen sei.

[2]) vgl. Eccius S. 321/22; Haymann a. a. O. S. 544; Biermann a. a. O. S. 326; Lobe a. a. O. S. 115; Matthiaß a. a. O. S. 500; Müller a. a. O. S. 54; Neumann, Erl. II zu § 462. Ebenso von den Vertretern der Vertragstheorie Kipp bei Windscheid S. 657.

[3]) Neumann, Erl. 1b zu § 462 meint, die Wandlungseinrede ließe sich nur mit Hilfe des Zurückbehaltungsrechts begründen; vgl. hierüber Eccius S. 325. Flechtheim a. a. O. S. 86 ff. leitet die Wandlungseinrede aus dem Schikaneverbot ab. Doch § 478 gibt ja nur ein Leistungsverweigerungsrecht, während das Verbot des § 226 ipso iure wirkt (vgl. Matthiaß in der DJZ. 1902 S. 208).

[4]) vgl. zum folgenden Staffel a. a. O. S. 665 ff.; ihm folgt Kaulbach a. a. O. S. 25; auch Langheineken a. a. O. S. 219 sieht in dem Bestehen der W.-Einr. schon vor Verjährung des W.-Anspr. keinen Widerspruch mit der Vertragstheorie. Vgl. auch Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 300.

gibt ihm wie jede andere[1]) nur ein Leistungsverweigerungsrecht.

Sie hat ihrem Wesen nach überhaupt nur die Kraft, die zwangsweise Durchführung eines Anspruchs zu hemmen, sie kann nicht einen Anspruch vernichten,[2]) geschweige einen Vertrag zur Aufhebung bringen.

Wenn demnach die Geltendmachung der Wandlungseinrede gar nicht die Rückgängigmachung des Kaufs herbeiführt, so kann man auch daraus, daß hier die Vertragskonstruktion nicht zur Anwendung kommt, nicht schließen, daß der Wandlungsanspruch nicht immer auf Vertragsschluß gehe.

Ein unlösbarer Widerspruch innerhalb des Gesetzestextes ergäbe sich schließlich für die Vertragstheorie aus § 480.

Dieser beweise, daß man den § 465 nicht im Sinne der Vertragstheorie auslegen dürfe.[3])

§ 480 bestimmt:

„Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandlung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird.

Auf diesen Anspruch finden die für die Wandlung geltenden Vorschriften der §§ 464 bis 466, des § 467 Satz 1 und der §§ 469, 470, 474 bis 479 entsprechende Anwendung".

Nach dem ersten Satz leg. cit. könne also der Käufer die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

Der zweite Satz gäbe ihm aber durch die Verweisung auf § 465 nur das Recht auf einen diesbezüglichen Vertragsschluß mit dem Verkäufer, nicht auf direkte Lieferung.

---

[1]) Das Eigenartige der Wandlungseinrede liegt nur darin, daß hier derselbe Tatbestand Anspruch und selbständige Einrede, nicht Anspruch und abhängige Einrede erzeugt. Daraus erklärt sich, daß die Einrede dem Käufer nach Verjährung des Anspruchs bleibt (vgl. Planck 3c zu § 222).

[2]) Auf die von Hellwig (Anspr. u. Klagr. S. 11 ff., Lehrb. I S. 248 ff.) vertretene Ansicht, daß die Einrede anspruchsvernichtende Kraft habe, soll hier nicht näher eingegangen werden. — Über die besonders auf Grund von §§ 896, 1169, 1254 BGB. u. E. zwingend unternommene Widerlegung vgl. Kipp, Rechtswahrnehmung u. Reurecht S. 131 ff.; Siber, Rechtszw. i. Schuldverh. S. 143; Langheineken, Anspr. u. Einr. S. 345 ff.

[3]) vgl. Haymann a. a. O. S. 545 ff.; Staub a. a. O. S. 1359; Kloß S. 289; Müller a. a. O. S. 53.

Hiergegen ist einzuwenden, daß § 465 nur „entsprechend“ angewendet werden soll.

Diese entsprechende Anwendung kann aber der ausdrücklichen Bestimmung des ersten Satzes gegenüber nur darin bestehen, daß die in § 465 getroffene indirekte Regelung des Wahlrechts auch für den Nachlieferungsanspruch gelten soll.[1])

Wenn dann weiter darauf hingewiesen wird, daß § 480 den § 479 als eine „für die Wandlung geltende Vorschrift“ zitiert, woraus die Kompensabilität des Wandlungsanspruchs folgt,[2]) so kann man demgegenüber nur geltend machen, daß diese Zitierung — worauf Kipp[3]) aufmerksam gemacht hat — wahrscheinlich einem Versehen ihr Dasein verdankt. § 415 Abs. 1 Satz 2 Entw. 2 bestimmte nämlich für den Nachlieferungsanspruch, daß auf ihn die für die Wandlung geltenden Vorschriften der §§ 410—414 entsprechende Anwendung finden sollen.

Auf § 414 Abs. 1 Satz 2, der nur von Schadensersatz sprach, bezog sich demnach § 415 nicht. — § 414 Abs. 1 Satz 2 ist in der Reichstagsvorlage jedoch zu einer selbständigen Bestimmung, § 473, geworden und dann in § 474 mit zitiert worden.

Dieses offenbare Versehen kann wohl kein stichhaltiges Argument gegen die Vertragstheorie abgeben.

Die Unhaltbarkeit der Vertragskonstruktion sollte aber dann evident werden, wenn der Käufer auf Minderung um ein Drittel klagen, der Beklagte mit Minderung um ein Fünftel einverstanden sein, sich aber nur Minderung um ein Viertel als angemessen ergeben würde.[4])

Es müßte nämlich dann der Richter abweisen, da der Käufer gar nicht den Vertragsantrag gestellt hätte, auf den der Beklagte einzugehen verpflichtet wäre.

Auf das richterliche Ermessen könnte aber der Kläger seinen Antrag nie abstellen, da die Vertragsofferte gemäß § 472 auch den bestimmten Betrag angeben müßte, um den der Kaufpreis herabgesetzt werden sollte.

---

[1]) Ebenso Oertmann im „Recht“ Bd. 8 S. 5.

[2]) So Haymann a. a. O. S. 645.

[3]) Bei Windscheid S. 664; vgl. auch Planck Erl. 3i zu § 480.

[4]) vgl. Eccius S. 333.

Wenn wirklich das Gericht in dem unterstellten Falle Minderung um ein Viertel aussprechen würde, so wäre ein solcher gegen den Willen des Klägers wie des Beklagten zustande gekommener Vertrag eine „Karikatur des Vertragsbegriffes".[1])

Auch diese Deduktion vermag die Vertragstheorie nicht zu erschüttern. Denn es muß das Gericht ohne Rücksicht auf den hier eingenommenen Standpunkt stets den Kläger abweisen, wenn es die von ihm verlangte Minderung für nicht angemessen hält, und darf ihn, wenn er ausdrücklich Minderung um einen bestimmten Betrag verlangt hatte, nicht eine Minderung in geringerem Maße zuerkennen.[2])

Es wird aber wahrscheinlich meist der Wille des Klägers dahin gehen, daß der Richter, wenn der im Klagantrag angegebene Betrag nicht für angemessen erachtet wird, auf den angemessenen Betrag verurteilen soll.

Der Käufer bietet dann dem Verkäufer den Abschluß eines Minderungsvertrages auf den Betrag an, der vom Richter festgesetzt werden wird. Dies eine „Karikatur des Vertragsbegriffes" zu nennen, ist u. E. unberechtigt. Denn es ist grundsätzlich nicht erforderlich, daß die einzelnen Vertragsbestandteile bestimmt sind, vielmehr genügt, daß sie bestimmbar sind. Wie der Käufer sonst bei einem Vertrage die Bestimmung des Preises von dem Ermessen eines Dritten abhängig machen kann, so auch im Prozeß von dem Ermessen des Richters.[3])

b) Gegen die Vertragstheorie wird schließlich noch geltend gemacht, daß sie auch zu Bestimmungen außerhalb der Wandlungsmaterie im Widerspruch stehe. Thiele[4]) hat jüngst wieder darauf hingewiesen, daß sich vom Standpunkte der Vertrags-

---

[1]) So Eccius a. a. O. S. 333.

[2]) Ebenso Kipp bei Windscheid S. 658; a. M. Enneccerus a. a. O. S. 605; Staub S. 1365 Anm. 73; Langheineken, Anspr. u. Einr. S. 245.

[3]) So Kipp bei Windscheid S. 658; Cosack a. a. O. S. 444; Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 501, 19; Flechtheim S. 77; Haymann S. 345; Strattmann S. 11; a. M. Dernburg S. 58, 11; Crome S. 462; Thiele a. a. O. S. 409.

[4]) a. a. O. S. 398.

theorie aus zahlreiche Widersprüche im Gesetz selbst zeigen, wenn man, wie es nötig ist, und „wie dies auch alle Schriftsteller tun", auf den Wandlungsvertrag die Vorschriften der §§ 145 ff. zur Anwendung bringt.

Die zweite Behauptung Thieles ist nicht recht verständlich, da eine Reihe der angesehensten Vertreter der Vertragstheorie es ausdrücklich abgewiesen haben, alle Grundsätze über den Vertragsschluß hier für anwendbar zu halten.[1])

Was aber seine erste Behauptung betrifft, daß die Vertragsgrundsätze vom Standpunkt der Vertragstheorie aus auf den hier vorliegenden Vertrag Anwendung finden müßten, so sollen ihr hier die völlig zutreffenden Worte Kipps gegenübergestellt werden.

„Wie das Bürgerliche Gesetzbuch auch sonst Einigungen kennt, die es nicht Verträge nennt, und auf welche die Vertragsgrundsätze nur so weit Anwendung finden, als es sachgemäß ist, so müssen auch die Wandlung und Minderung nicht schlechtweg allen Grundsätzen des Vertragsschlusses unterworfen sein."

Doch grundsätzlich finden die allgemeinen Vertragsgrundsätze auch auf den Wandlungsvertrag Anwendung.[2]) Besonders häufig ist die Unanwendbarkeit der allgemeinen Vertragsgrundsätze auf den Wandlungsvertrag daraus gefolgert worden, daß die aus §§ 145, 147 Abs. 2 hervorgehende Gebundenheit des Offerenten mit § 465, der ja dem Käufer bis zum Vertragsschluß ein ius variandi gewähren wollte, unvereinbar wäre.[3])

Dieses Argument trifft jedoch die Vertragstheorie nicht; denn im Sinne dieser Theorie wird das ius variandi nur indirekt durch die Vertragskonstruktion normiert, besteht also nur soweit,

---

[1]) vgl. nur Dernburg, Bürgerl. Recht II 1 S. 59; Kipp bei Windscheid S. 659.

[2]) Eine Erörterung darüber, wie sich der Wandlungsvertrag zu den einzelnen Vertragsbestimmungen des BGB. verhält, müssen wir uns versagen, da sie u. E. die Grenzen des Themas überschreitet. Vgl. hierüber bes. Lobe a. a. O. S. 108 ff.

[3]) Crome a. a. O. S. 462; Werner S. 283; Haymann S. 543; Matthiaß S. 206; Langheineken S. 219, 233; ebenso von den Vertretern der Vertragstheorie Dernburg S. 59; Planck II a. a. O. zu § 465.

wie der Offerent auch sonst ein Recht des Entschlußwechsels hat.[1])

Auch praktisch wird man das Resultat, daß der Käufer an den einmal gestellten Wandlungsantrag während der sich gemäß § 147 Abs. 2 ergebenen kurzen Frist im Interesse des Verkäufers gebunden sei, nicht als unbillig bezeichnen dürfen.

3. Die eigentliche Veranlassung der Angriffe gegen die Vertragstheorie lag aber gar nicht in den dieser Konstruktion zur Last gelegten Widersprüchen mit dem Gesetze.

Es gingen vielmehr die Vertreter der gemeinrechtlichen Theorie von der Erkenntnis aus, daß die Konstruktion der Wandlung als Vertrag den Käufer mangels gütlicher Einigung mit dem Verkäufer zwinge, erst die Klage auf die Wandlung, dann die Klage aus der Wandlung anzustellen. Eine Verbindung dieser beiden Klagen sei aber unmöglich, da es sich selbst widerspreche, Rechte aus einem Vertragsschlusse klagweise geltend zu machen, bevor der Vertrag geschlossen sei. Aus dieser unerträglichen Konsequenz, hier zwei Prozesse führen zu müssen, folge die Unhaltbarkeit der Vertragstheorie.[2]) Ist aber diese Klagenverbindung wirklich unzulässig, widerspricht sie tatsächlich den Grundsätzen der Logik wie denen des Rechts?

a) In den Protokollen befindet sich bezüglich des Rückgewähranspruchs des Käufers die Bemerkung:

„Von selbst versteht es sich, daß er diesen Anspruch zugleich mit dem zugrunde liegenden Anspruch auf Aufhebung oder Änderung des Kaufs geltend machen könne.“ [3])

---

[1]) Oertmann, „Das Recht“ Bd. 8 S. 4.

[2]) vgl. Eccius a. a. O. S. 318 ff.; Staub S. 1359; Biermann S. 326; Heuer S. 97; Langheineken S. 216; Haymann (S. 543) gibt allerdings zu, daß diese Konsequenz kein zwingendes Argument gegen die Vertragstheorie wäre, indessen auch bei ihm ist es das Hauptargument (S. 513 ff.). Er erklärt es für „unerhört“ und mit der logischen Interpretation des Gesetzes in Widerspruch stehend, wenn das Gesetz den Zwang zum Vertragsschluß in Fällen fordert, „in denen das Recht den beabsichtigten Erfolg auf einfacherem und praktischerem Wege hätte erreichen können“. — Daß dieser Vorwurf unberechtigt ist, erfahren wir gelegentlich der Erörterung der Entstehungsgeschichte des § 465; s. oben S. 26 ff.

[3]) Prot. II S. 680.

Daß diese Klageverbindung nicht „selbstverständlich“ sei,[1]) geben wir allerdings zu, lehnen aber die aus jener Bemerkung gezogene Folgerung Haymanns ab, daß die Kommission hiermit gezeigt habe, daß sie selbst ihren Standpunkt nicht innehalten wollte.

U. E. geht aus dieser Bemerkung gerade hervor, daß die Kommission bei der Vertragskonstruktion beharren, aber keine ungesunde Konsequenz aus ihr ziehen wollte und für die Ablehnung dieser Konsequenz nur noch keine ausreichende Begründung geben konnte. Läßt sich nun eine solche, wie die Gegner behaupten, überhaupt nicht geben?

b) Die zuerst von Eccius gegen die Möglichkeit der Klagenverbindung geltend gemachten Argumente hat Flechtheim in ausführlicher Erörterung zu widerlegen versucht.

Eccius hatte ausgeführt, daß ein Anspruch, dessen Nativität erst hinter der Rechtskraft eines im Prozeß erbetenen Urteils liege, solange der Prozeß dauere, notwendig actio nondum nata sei.[2])

Dagegen machte nun Flechtheim[3]) geltend, daß nicht die Erhebung des Anspruchs, sondern daß der Anspruch selbst bedingt sei.

Mit der rechtskräftigen Verurteilung zur Einwilligung in die Wandlung sei die condicio iuris für diesen Anspruch erfüllt. Die Nativität des Rückzahlungsanspruchs liege deshalb nicht hinter der Rechtskraft des Urteils auf Abgabe der Willenserklärung, sondern in derselben.

Da nun erst das rechtskräftige Urteil autoritative Bedeutung habe, so könne der Richter gleichzeitig verurteilen und damit Rechtswirkungen schaffen und auf Grund hiervon eine weitere Verurteilung aussprechen.

Diese Ausführungen Flechtheims zeigen zwar, daß es begrifflich möglich ist, daß das Urteil über den Rückgewähr-

---

[1]) Gegen diesen Ausdruck richten sich namentlich die Angriffe von Eccius (a. a. O. S. 318 ff.); Matthiaß a. a. O. S. 206; Mensing a. a. O. S. 18; Lobe a. a. O. S. 112.

[2]) Eccius S. 320.

[3]) a. a. O. S. 73 ff.

anspruch gleichzeitig mit dem Urteil über den Wandlungsanspruch ergehe, setzen aber voraus, daß beide Ansprüche gleichzeitig geltend gemacht werden können, was eigentlich zu beweisen war.[1])

c) Ein tatsächlicher Beweis für die Möglichkeit dieser Klagenverbindung ist nun häufig aus § 259 ZPO. entnommen worden.

Er lautet:

„Klage auf künftige Leistung kann . . . erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde." Hier handele es sich um einen bedingten Anspruch, der schon vor der Fälligkeit geltend gemacht werden könnte, da der Beklagte dadurch, daß er sich weigerte, freiwillig in die Wandlung einzuwilligen, die Besorgnis gerechtfertigt habe, er werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen.[2])

Dieser Argumentation können wir uns nicht anschließen. Denn wenn wir auch in dem Rückzahlungsanspruch einen Anspruch auf künftige Leistung im Sinne des § 259 sehen, so begründet die Weigerung des Verkäufers, den Wandlungsvertrag abzuschließen, u. E. noch nicht die Besorgnis, er werde, nachdem seine diesbezügliche Verpflichtung rechtskräftig ausgesprochen sei, sich seinen hieraus folgenden Pflichten entziehen.[3])

d) Kohler folgert die Zulässigkeit der Klagenverbindung aus dem allgemeinen Grundsatz:

„Das Gericht kann in einem Urteil nicht nur aussprechen, der Beklagte sei verpflichtet, eine Willenserklärung abzugeben, sondern auch, er sei nach abgegebener Willenserklärung verpflichtet, den hierdurch begründeten Rechtsverhältnissen zu entsprechen."[4])

---

[1]) Matthiaß, DJZ. 1902 S. 207.

[2]) Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 382 bis S. 383,5; ferner Lehrbuch S. 375; Endemann S. 995,37; Dernburg, Bürgerl. Recht S. 58,12; Kuhlenbeck S. 260,1; Kloß S. 90; Strattmann S. 33.

[3]) Schollmeyer, R. d. Schuldverh. S. 29; Haymann S. 516/17; Lobe S. 112; Langheineken S. 216; Biermann S. 326.

[4]) Kohler im Arch. ziv. Pr. Bd. 80 S. 288; ihm folgt Strattmann S. 31; ferner Kaulbach S. 36 Anm. 1.

Die Ansicht, daß niemand zur Befolgung von Rechtsverhältnissen verurteilt werden könne, die erst begründet werden sollen, sei „formalistisch".

Wenn wir auch das Großzügige und den u. U. hohen praktischen Wert eines solchen Grundsatzes nicht verkennen, so gewährt nach geltendem Recht doch grundsätzlich nur die actio nata einen Rechtsschutzanspruch.[1])

Kohler hält es ferner für zulässig, den Rückgewähranspruch in Gestalt einer Feststellungsklage zugleich mit der Klage auf Einwilligung anhängig zu machen.

Doch grundsätzlich kann wohl auch kein Feststellungsurteil über eine zur Zeit noch unbegründete Rechtspflicht ergehen.

Gegen ein solches Feststellungsurteil wendet u. E. Haymann mit Recht ein, daß es nur eine allgemeine Rechtsfrage entscheiden und somit unzulässig sein würde.[2])

e) Die Anstrengung zweier Prozesse ist aber deshalb noch nicht die unabweisbare Folge der Vertragstheorie.[3])

Denn wenn auch derartige Klagenverbindungen allgemein nicht zulässig sind und man Eccius grundsätzlich darin recht geben muß, daß nicht neben dem Recht auf Vertragsschluß auch ein Recht aus dem Vertragsschluß geltend gemacht werden könne,[4]) so muß man hier berücksichtigen, daß die Ansprüche aus dem Wandlungsvertrag nicht mit Ansprüchen aus anderen Verträgen auf eine völlig gleiche Stufe zu stellen sind.

Macht der Käufer vor der rechtskräftigen Erledigung des Anspruchs auf Wandlung den Anspruch aus der Wandlung geltend, so kann man nicht — wie es sonst bei Vertrags-

---

[1]) vgl. Haymann S. 515.

[2]) vgl. Haymann S. 527 i. V. m. RG. in der JurW. 1899 S. 177 und 1900 S. 70.

[3]) Nach Abweisung der Anwendung des § 259 und der Grundsätze Kohlers kommen hinzu u. a. Langheineken a. a. O. S. 220; Biermann a. a. O. S. 326, ohne sich vorher mit den zuerst von Kipp, Die Verurteilung zu Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen S. 61/62 für die Zulässigkeit eines Ausnahmesatzes gebrachten Beweisen auseinandergesetzt zu haben.

[4]) Eccius a. a. O. S. 332.

ansprüchen berechtigt wäre — sagen, daß er ohne jeden Rechtsgrund diesen Anspruch erhebt.

Wie der Verkäufer verpflichtet ist, auf die Wandlungsofferte des Käufers einzugehen, so hat der Käufer auch schon vor Abschluß des Wandlungsvertrages, wenn auch noch nicht das Recht auf Rückgewähr, so doch ein Recht auf die Basis dieses Rechts.[1])

Dieses besondere Verhältnis des Wandlungs- zum Rückgewähranspruch ist es nun, das — wie aus der von der Praxis beobachteten Behandlung analoger Rechtsverhältnisse bewiesen werden soll — die fragliche Klagenverbindung rechtfertigt.

Daß die moderne Praxis sich schon mehrfach bereit gezeigt hat, diese Klagenverbindung jedenfalls zuzulassen,[2]) kann als Beweis hier nicht in Betracht kommen.

Denn es handelt sich gerade darum, zu prüfen, ob dies als mit den sonst beobachteten Prozeßgrundsätzen vereinbar gelten kann.

Als äußerstes Mittel, diese für eine gesunde Praxis unentbehrliche Klagenverbindung zu rechtfertigen, würde — wenn der hier geführte Beweis nicht als durchschlagend anerkannt werden sollte — wohl schließlich noch die Annahme eines Reichsgewohnheitsrechts in Betracht kommen können.

Schon das römische Recht gestattete die gleichzeitige Erhebung der Klage des Universalfideikommissars gegen den Erben auf Antritt und Restitution, der Klage auf Wiedereinsetzung und der durch die restitutio erst zu schaffenden Ansprüche und der querela inofficiosi testamenti und der hereditatis petitio.[3])

Langheineken[4]) hält diese Klagenverbindung nur für eine scheinbare, da es sich hier stets um einen Bewirkungsanspruch handele.

---

[1]) vgl. Kipp, Die Verurtlg. zu Willenserklärungen u. Rechtshdlg. S. 61.

[2]) vgl. Entsch. OLG. IV S. 35; RGE. Bd. 58 S. 424. Die am 21. 10. 04 bezüglich des Wandlungsanspruchs ergangene RGE. (Bd. 59 S. 97ff.) steht zwar auch auf dem Boden der Vertragstheorie, berührt jedoch nicht die Frage der Klagenverbindung.

[3]) vgl. Windscheid a. a. O. S. 61/62.

[4]) Urteilsanspruch S. 229, 230.

Dies ist u. E. ebenso unbegründet wie Langheinekens Charakterisierung des Wandlungsanspruchs als eines Bewirkungsanspruchs.[1])

Wenn Haymann einwendet, daß aus jenen drei Einzelfällen kein allgemeines Prinzip für das römische, geschweige für das heutige Recht herzuleiten sei, so verkennt er wohl, daß es sich hier nicht darum handelt, einen allgemeinen Grundsatz aufzustellen, sondern darum, die Zulässigkeit eines Ausnahmesatzes zu erweisen.

Hierzu müßte aber u. E. schon die Anerkennung eines einzigen Falls genügen.

Gegen das erste Beispiel wendet Haymann ein, daß das römische Recht dem Universalfideikommissar vor dem Antritt der Erbschaft seitens des Erben gar keinen Anspruch hätte geben dürfen, da ja der Universalfideikommissar wie jeder andere Legatar folgerichtig erst mit diesem Zeitpunkt den Herausgabeanspruch hätte bekommen müssen.

Doch hier kommt es ja nur darauf an, daß der Herausgabeanspruch gleichzeitig mit dem Anspruch auf Antritt der Erbschaft geltend gemacht werden konnte, obwohl letzterer für ihn präjudiziell war.

Bezüglich der beiden anderen Klagen macht Haymann geltend, daß es sich dort um eine Aufhebung rechtlicher Wirkungen durch Richterspruch, beim Wandlungsanspruch dagegen um einen Ersatz der Willenserklärung handle.

Doch das für die Analogie Wesentliche ist ja nur die Beziehung der beiden Ansprüche zueinander, die Haymanns Einwurf nicht trifft. — Vom französischen Recht[2]) ist eine derartige Klagenverbindung gleichfalls zugelassen worden.

Nach Code civil Art. 1184 wird bei zweiseitigen Verträgen, wenn die eine Partei den Vertrag nicht erfüllt, dieser durch Urteil aufgehoben und es erfolgt zugleich die Verurteilung zu den die frühere Rechtslage wiederherstellenden Leistungen. Wenn auch hier die Vertragsauflösung durch richterlichen Aus-

---

[1]) s. S. 46 ff.; Hellwig, Anspr. S. 382 Anm. 4.

[2]) vgl. Flechtheim S. 75.

spruch, nicht durch Vertragsschluß erfolgt, so ist das präjudizielle Verhältnis doch auch hier ganz analog.[1])

Die gemeinrechtliche Praxis ließ die Verbindung des Vertrags- und des Leistungsanspruchs aus dem pactum de contrahendo bestimmten Inhalts ohne weiteres zu.[2])

Gegen die Einwendung von Eccius,[3]) daß in unserem Falle der Käufer an sein Verlangen nicht fest gebunden sei, ist wohl geltend zu machen, daß es darauf ankommt, daß in unserem Fall wie in jenem der Verkäufer dadurch, daß er zum Vertragsschluß, auch gleichzeitig zu dessen Erfüllung verpflichtet ist.[4])

Aus diesen Beispielen geht nun hervor, daß man zu dem Satze berechtigt ist: „Es kann ein aufschiebend bedingter Anspruch zugleich mit einem unbedingten Anspruch geltend gemacht werden, wenn die rechtskräftige Verurteilung auf den unbedingten Anspruch die einzige Voraussetzung für die Fälligkeit des bedingten Anspruches ist.“ [5])

4. Um die Vertragskonstruktion als die einzig mögliche Wandlungskonstruktion zu erweisen, wollen wir jetzt noch die Unhaltbarkeit der gemeinrechtlichen Theorie zu zeigen suchen.

---

[1]) A. M. Haymann a. a. O. S. 521.

[2]) vgl. Neumann, Handausg. 1. Aufl. 2. Bd. zu § 462.

[3]) a. a. O. S. 320.

[4]) Bezüglich zwei weiterer von Flechtheim (S. 76 a. a. O.) angeführter Beispiele müssen wir Haymann (a. a. O. S. 534) darin recht geben, daß sie für unsere Frage nichts beweisen. Flechtheim führt nämlich an, daß derjenige, der ohne rechtlichen Grund eine Verbindlichkeit eingegangen sei und zur Sicherheit derselben ein Pfand bestellt habe, gleichzeitig auf Befreiung von der Verbindlichkeit und Rückgabe des Pfandes klagen könne. — Hier ist jedoch der Rückgabeanspruch schon zur Zeit der Geltendmachung des Befreiungsanspruches gemäß §§ 1254, 1211 i. V. m. § 821 rechtlich völlig begründet. — Ebenso steht es u. E. auch mit dem Verhältnis des Aufhebungsanspruchs (§ 749) und des Teilungsanspruchs des Gemeinschafters (§ 752). — Der Teilungsanspruch entsteht nicht erst infolge der Durchführung des Aufhebungsanspruches, sondern er ist bereits ein Teil desselben.

[5]) vgl. Schollmeyer, R. d. einz. Schuldverhältnisse S. 29; Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 382; Kipp, Die Verurteilg. zu Willenserkl. u. Rechtshandlg. S. 61/62.

Wie sich der Einwand, aus den Materialien ergäbe sich, daß § 465 nur das ius variandi des Käufers normiere,[1]) als unbegründet erwiesen hat, so scheint uns ein von den Gegnern wiederum aus den Materialien für ihre Theorie entnommenes Argument, nämlich die Berufung auf § 402 Abs. 1 des Kommissionsentwurfes[2]) (Prot. S. 708) ebenso unberechtigt zu sein.

Aus den dort gebrauchten Worten: „Die Wandlung . . . ist vollzogen, wenn der Verkäufer . . . zur Wandlung . . . rechtskräftig verurteilt ist" gehe hervor, daß es eines Vertragsschlusses zur Wandlung nicht bedürfe, die Vertragskonstruktion somit nicht konsequent durchgeführt sei.[3])

Daß aber dieses Argument dadurch, daß jener Passus nicht Gesetz wurde, gegenstandslos geworden ist, läßt sich doch nicht mit der Begründung abwehren, daß er nur von der Redaktionskommission weggelassen wurde, die ja zu sachlichen Änderungen nicht befugt gewesen wäre.[4])

Am eigenartigsten mutet die im Anschluß an die Entstehungsgeschichte jüngstens von Müller[5]) unternommene Bekämpfung der Vertragstheorie an.

Er geht davon aus, daß die Vertragstheorie allein durch die Äußerungen der Protokolle gestützt werde, und begründet dann die Geltung der gemeinrechtlichen Theorie damit, daß dem Reichstag neben der Reichstagsvorlage nur die Erläuterungen in der Denkschrift zur Verfügung gestanden hätten und hier ausdrücklich gesagt sei, daß man bezüglich des Wandlungsanspruches in erster Linie Anschluß an das geltende Recht, d. h. an die römische actio redhibitoria gesucht habe.[6])

Uns erscheint es nun ebenso unzulässig, der Denkschrift, obwohl sie dem Reichstage vorgelegen hat, irgend welchen Vorzug vor den Protokollen einzuräumen, wie überhaupt den Worten

---

[1]) s. o. S. 26 ff.

[2]) s. o. S. 28.

[3]) Lobe a. a. O. S. 114; Heuer im „Recht" Bd. 6 S. 97; Thiele S. 405.

[4]) So argumentiert Heuer a. a. O.

[5]) Gruchot Bd. 48 S. 49.

[6]) Denkschrift S. 93/94.

der Materialien eine für die Auslegung des Gesetzes ausschlaggebende Bedeutung beizumessen.

Wenn die Grenzen des ius variandi des Käufers nicht durch die Vertragskonstruktion, sondern nur durch den § 465 im Sinne der gemeinrechtlichen Theorie normiert wären, so würde nicht einmal das rechtskräftige Urteil den Käufer an seine Wahl binden.[1])

Dieses Ergebnis beweist, daß der Vollzug des Wahlrechts durch Vertrag nur bei Annahme des Wandlungsanspruchs als eines Vertragsanspruchs zu einem annehmbaren Resultate führt.

Wäre der Wandlungsanspruch schon der Rückgewähranspruch des Käufers, so würde er gemäß § 477 in sechs Monaten verjähren,[2]) während der des Verkäufers von der Verjährung nicht betroffen würde, eine Begünstigung des mangelhaft erfüllenden Verkäufers, die sicherlich nicht im Sinne des Gesetzes liegt.[3])

Auch § 479 bietet noch ein Argument dafür, daß der Wandlungsanspruch nicht unmittelbar auf Rückgewähr gehen kann. § 479 bestimmt:

„Der Anspruch auf Schadensersatz kann nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vorher eine der in § 478 bezeichneten Handlungen vorgenommen hat . . .“

Da hier also nur der Schadensersatzanspruch von den allgemeinen Grundsätzen über die Aufrechnung verjährter Ansprüche ausgenommen ist, so bliebe der Wandlungsanspruch, wenn man in ihm den Anspruch auf Rückzahlung sähe, auch ohne die Voraussetzung des § 479 zur Aufrechnung geeignet.

Dies Resultat widerspricht jedoch völlig der ratio des Gesetzes.

Einerseits würde diese Bevorzugung des Wandlungsanspruches vor dem Schadensersatzanspruche durchaus nicht dem Wesen

---

[1]) Eccius S. 331, der dieses Resultat zieht, bezeichnet es selbst als nicht wünschenswert; — vgl. Flechtheim S. 73.

[2]) So auch Matthiaß in der DJZ. 1902 S. 208.

[3]) Kipp bei Windscheid S. 657; Oertmann S. 29.

dieser Ansprüche entsprechen,[1]) andererseits würde es unverständlich sein, daß die Wandlungseinrede nur unter besonderen Voraussetzungen, die Aufrechnung aber unbeschränkt zulässig sein sollte.[2])

Steht man auf dem Boden der Vertragstheorie, so entfallen diese Widersprüche. Denn es ergibt sich, daß der Wandlungsanspruch als Anspruch auf Vertragsschluß seiner Natur nach gar nicht aufrechenbar ist.

Haymann[3]) behauptet dennoch die Aufrechenbarkeit des Wandlungsanspruches. Er argumentiert mit § 639 Abs. 1, nach dem auf die Verjährung der Ansprüche des § 638 — zu denen auch der Wandlungsanspruch gehört — die §§ 477 Abs. 2, 3, 478, 479 entsprechende Anwendung finden sollen.

Da so die Aufrechenbarkeit des Wandlungsanspruchs aus § 479 und nicht aus dem allgemeinen Grundsatz des § 390 Satz 2 begründet wird, so unterliegt sie also auch denselben Beschränkungen wie die Aufrechnung des Schadensersatzanspruches.

Wenn auch bei dieser Konstruktion die vorher erwähnten Widersprüche vermieden werden, so muß man doch noch berücksichtigen, daß § 639 nur eine „entsprechende" Anwendung des § 479 auf die im § 638 genannten Ansprüche vorgeschrieben hat und sonach § 479 nur für den Schadensersatzanspruch in Betracht zu kommen braucht.

Auch Langheineken[4]) sucht jenen Widersprüchen zu entgehen und stellt deshalb die These auf, „daß die für den Schadensersatzanspruch im § 479 ausdrücklich gegebene Bestimmung ebenso für den Wandlungsanspruch auch ohne besondere Festsetzung eingreift" (a. a. O. S. 182).

U. E. muß aber ebenso wie Haymanns auch seine durch eine allerdings sehr scharfsinnige Beweisführung gestützte Behauptung schon an der Erwägung scheitern, daß, wenn § 479

---

[1]) In den Prot. II, 1415 sah man von einer Privilegierung des Anspruchs auf Schadensersatz vor dem Wandlungsanspruche nur „im Interesse der Einfachheit des Gesetzes" ab.

[2]) vgl. Flechtheim in der DJZ. 1902 S. 319.

[3]) a. a. O. S. 546.

[4]) Anspruch u. Einrede S. 180 ff.

wirklich auch auf den Wandlungsvertrag hätte Anwendung finden sollen, er dort sicherlich erwähnt worden wäre.

5. Neben der Vertrags- und der gemeinschaftlichen Theorie sind neuerdings noch hiervon abweichende Wandlungstheorien aufgestellt worden.

Mit diesen müssen wir uns schließlich noch auseinandersetzen.

Es kommt hier zunächst die Theorie Werners in Betracht,[1]) der die These aufstellt, es habe der Käufer einen Anspruch darauf, „daß der Verkäufer zur Vornahme der Handlungen mitwirkt, die zur Beseitigung des Kaufs erforderlich sind, und zwar mit dem erklärten Willen, auf die Weise den Kauf rückgängig zu machen."

Werner nimmt also ebenso wie die gemeinrechtliche Theorie an, daß der Wandlungsanspruch direkt auf Rückgewähr gehe, und er stützt sich hierfür darauf, daß § 462 von „Rückgängigmachung des Kaufs" und nicht von „Rückgängigmachung des Kaufvertrages" spricht.

Als Beweis dafür, daß das Gesetz unter Kauf im Gegensatz zum Kaufvertrag den „Vertrag mit allen seinen Wirkungen verstehe, führt Werner an, daß die Titelüberschrift „Kauf", während das dritte Wort in § 433 „Kaufvertrag" laute.

Da aber an vielen Stellen das Gesetz „Kauf" auch in der Bedeutung von „Kaufvertrag" gebraucht, z. B. in § 439 Abs. 1 („Abschluß des Kaufs"), § 449 Satz 2 („Beurkundung des Kaufs"), § 458 (erfolgter Kauf"), § 460 Satz 1 („Abschluß des Kaufs") usw., so ist der Schluß, daß in § 462 unter „Kauf" der Vertrag mit seinen Wirkungen zu verstehen sei, nicht zwingend.

Es soll allerdings auch nach Werner zur Wandlung — insofern nähert er sich der Vertragstheorie — die Einwilligung des Käufers und des Verkäufers in die Rückgängigmachung nötig sein.

Diese beiderseitige Einwilligung ist jedoch nach seiner Ansicht einerseits kein Vertrag; andererseits steht sie neben dem unmittelbaren Rückaustausch und ist auch bereits in dem Ver-

---

[1]) Im „Recht", Bd. 6 S. 282 ff.

langen des Käufers auf den Kaufpreis und ebenso bereits in der Rückgewähr desselben durch den Verkäufer ausgedrückt.

Demgegenüber ist darauf aufmerksam zu machen, daß § 465 doch nicht die beiderseitige Einwilligung neben den Handlungen des § 462 besonders für nötig halten würde, wenn sie schon durch diese ausgedrückt wäre.[1])

Man darf eben Wandlungs- und Rückgewähranspruch nicht — wie es Werner will — als koordinierte, sondern man muß sie vielmehr als präjudizielle Ansprüche ansehen.

Langheineken legt seiner Theorie den Unterschied zwischen Vollziehung und Durchführung der Wandlung zugrunde.[2])

Die Vollziehung trete sowohl mit dem Einverständnis in die Wandlung wie mit der Verurteilung zur Durchführung der Wandlung ein (a. a. O. S. 237 Anm. 1).

Die Vollziehung durch Urteil hat jedoch nach Langheineken ihren Grund nicht darin, daß das rechtskräftige Urteil das Einverständnis des Verkäufers in die Wandlung ersetzt, sondern darin, daß das Urteil die beiderseitigen noch unerfüllter Verpflichtungen zum Wegfall bringt und einen selbständigen (judikatsmäßigen) Entstehungsgrund für die Ansprüche auf Rückleistung des Empfangenen enthält (a. a. O. S. 236).

Die von Langheineken angenommene Vollziehung durch Urteil hat also dieselben Wirkungen wie die von uns angenommene.

Nur folgen diese Wirkungen nach der von uns vertretenen Theorie aus dem durch das Urteil ersetzten Einverständnis des Verkäufers, nach jener Theorie aus dem Urteil selbst.

Ein solches Urteil jedoch, das an sich auf die außerprozessuale Lage eine unmittelbare Wirkung ausübt, gehört unter die Gruppe der konstitutiven Urteile.[3])

Die jenen Urteilen ihrem Wesen nach zukommende Wirkung

---

[1]) Ebenso Kaulbach S. 11, 3.

[2]) vgl. Anspruch u. Einrede S. 223 ff.

[3]) Wenn auch Langheineken seine Theorie ohne konstitutives Urteil durchzuführen meint, so kommt er doch — worauf Oertmann im „Recht" Bd. 8 S. 30 zutreffend hingewiesen hat — tatsächlich ohne ein solches nicht aus.

ist in jedem einzelnen Fall verschieden geregelt, woraus sich ergibt, daß auch das Konstitutivurteil selbst für jeden einzelnen Fall ausdrücklich vom Gesetz zugelassen sein muß.[1])

Langheineken führt in seinem „Urteilsanspruch" selbst aus, daß für die Bewirkungsansprüche im Gegensatz zu den Feststellungs- und Verurteilungsansprüchen die „Anerkennung des konkreten Bewirkungsinteresses seitens des objektiven Rechts durchaus kasuistisch erfolgt sei" (a. a. O. S. 222). Damit also der Wandlungsanspruch den Charakter hätte, den ihm Langheineken beilegt, hätte u. E. der § 462 etwa lauten müssen:

„Wegen eines Mangels . . . kann der Käufer auf Rückgängigmachung des Kaufes . . . klagen oder „die Rückgängigmachung des Kaufes kann auf Antrag des Käufers durch gerichtliche Entscheidung erfolgen, wenn . . ." Denn nur solche Wendungen gebraucht das Gesetz, wenn es dem Berechtigten das Recht verleihen will, ein die Rechtswirkung vollziehendes Urteil herbeizuführen.[2])

Langheineken ging offenbar davon aus, daß die Rückgewähransprüche erst Folge eines Aufhebungsaktes seien. Da aber — wie aus der Nichterwähnung des § 349 und § 467 evident hervorgeht — von einem einseitigen Rücktrittsrecht hier keine Rede sein kann[3]) und nichts für die Zulässigkeit eines konstitutiven Urteils spricht, so hat auch Langheineken unfreiwillig wohl nur wieder die Notwendigkeit der Vertragstheorie bewiesen.

II. Wir haben den Wandlungsanspruch des Bürgerlichen Gesetzbuches als den auf Abschluß des Wandlungsvertrages gerichteten Anspruch erkannt und somit die uns zur Erörterung des Wandlungsanspruches veranlassende Frage beantwortet.

Denn da das den Verkäufer zur Einwilligung in die Wandlung verurteilende rechtskräftige Erkenntnis die Einwilligung ersetzt

---

[1]) vgl. Kisch, Beitr. z. Urteilslehre S. 55.

[2]) vgl. für die erste Wendung: BGB. §§ 1425 Abs. 1, 1547 Abs. 1 u. 2, 1575 Abs. 1, 1468, 1469, 1495, 1542, 2342; vgl. für die zweite Wendung: §§ 315 Abs. 3, 319 Abs. 1 Satz 2, 655, 660 Satz 2, 2048 Satz 3, 1564 Satz 2.

[3]) s. oben S. 28ff.

(§ 894 ZPO.), ist der dem Käufer zustehende Anspruch mit dem Erlaß des Urteils bereits befriedigt.

Der Käufer kann also, wenn ihm sein Wandlungsanspruch zugesprochen wurde, nicht mehr seinen Schadensersatzanspruch geltend machen.

C. Aus der Natur des Wandlungsanspruches als des auf Einwilligung in die Wandlung gerichteten Anspruchs ergibt sich weiter, daß dasselbe Ergebnis wie nach der Rechtskraft des zur Wandlung verurteilenden Erkenntnisses für den Käufer auch dann eintritt, wenn sich der Verkäufer einmal mit der verlangten Wandlung einverstanden erklärt hat. Auch hiermit ist der Anspruch des Käufers bereits voll befriedigt und somit die Geltendmachung des ihm vorher noch alternativ zustehenden Schadensersatzanspruches ausgeschlossen.

D. Gehen wir jetzt davon aus, daß der Käufer zuerst seinen Schadensersatzanspruch geltend gemacht hat.

Ist er auch, wenn er über diesen ein ihm günstiges rechtskräftiges Urteil erzielt hat, an die Ausübung dieses Rechtes gebunden?

Eine Befriedigung des Gläubigers liegt in der Verurteilung des Schuldners keineswegs, vielmehr bleibt es ihm völlig überlassen, ob er seinen rechtskräftig festgestellten Anspruch auf gütlichem Wege oder zwangsweise zu realisieren versuchen will oder nicht.

Ob er jedoch nach der rechtskräftigen Verurteilung des Schuldners zur Leistung des Schadensersatzes noch sein Wandlungsrecht geltend machen kann, hängt u. E. davon ab, welche Veränderung durch das rechtskräftige Urteil in der Rechtslage eingetreten ist, d. h. welches das Wesen und die Wirkung eines rechtskräftigen Leistungsurteils ist.

I. 1. Geht man davon aus, daß das Wesen des Leistungsurteils in einem behördlichen Leistungsbefehl an den Schuldner bestehe,[1]) so wird man allerdings sagen können, daß der

[1]) So Hellwig, Lehrb. I S. 47, 368 ff.; Rechtskraft S. 5 ff.; Anspr. u. Klagr. S. 348 ff.; Planck, Lehrb. d. ZivPr. I S. 412; Langheineken, Urteilsanspruch S. 101, 203 ff.; Stein in Birkmeyers Enzyklopädie S. 1172; Weismann, Feststellungsklage S. 115 ff. u. a. m.

Anspruchskomplex des Gläubigers nicht mehr unverändert ist, wenn der eine Anspruch bereits eine derartige Reaktion auf den Schuldner gehabt hat. Jetzt wird der Gläubiger nicht mehr ungeachtet dieses Leistungsbefehls den anderen Anspruch ausüben dürfen.[1])

2. Diesem Resultat können wir uns jedoch nicht anschließen, weil wir den Ausgangspunkt jener Deduktion nicht teilen.

Wir stehen vielmehr auf dem Standpunkt, daß die Verpflichtung des Beklagten gar nicht die Folge eines besonderen richterlichen Befehls ist, sondern aus dem Gesetze folge, dessen Anwendbarkeit auf den konkreten Fall der Richter bindend ausgesprochen hat.[2])

Schon in dem Gesetz liegt ein Befehl. Wozu sollte der Richter diesen Befehl noch einmal wiederholen? Sein Urteil besteht darin, daß er bindend ausspricht, dieser konkrete Tatbestand falle unter jenen abstrakten Gesetzesbefehl.[3])

Die Auffassung, daß dem Leistungsurteil ein richterlicher Befehl wesentlich sei, beruht besonders darauf, daß hierin der begriffliche Unterschied vom Feststellungsurteil gesehen wird.[4])

Demgegenüber hat aber Kisch[5]) mit Recht darauf hingewiesen, daß wenn man den Befehlscharakter des Urteils betont, man eigentlich dessen verbindliche Kraft meine, die aber auch den Feststellungsurteilen eigen ist. Die Konsequenz,

---

[1]) Daß dieses Resultat eine Folge des oben charakterisierten Ausgangspunktes sei, beweist wohl die Begründung Schollmeyers (R. d. einz. Schuldverh. S. 28): „Der Käufer, welcher den richterlichen Befehl erhalten hat, zu zahlen, kann nicht gleichzeitig verpflichtet sein, zu wandeln . . ." — Zu demselben Resultat kommen Crome, System II S. 184; Endemann I S. 418 Anm. 17; Staub S. 1361; Rehbein II S. 189.

[2]) So Köhler in Grünhuts Zeitschr. Bd. 14 S. 36; Bülow, Zivilpr. Fiktionen u. Wahrheiten i. Arch. ziv. Pr. Bd. 62 S. 27 Anm. 23; Hellmann, Klagr., Festsstellungskl. u. Anspruch in Jherings Jahrb. Bd. 31 S. 98, 127; Kisch, Beitr. z. Urteilslehre S. 23ff.; Hölder in der Krit. VSchr. Bd. 32 S. 363.

[3]) vgl. Kisch a. a. O. S. 26.

[4]) vgl. Hellwig a. a. O.; Weismann a. a. O.; Langheineken a. a. O.; Stein a. a. O.

[5]) a. a. O. S. 24.

auch in der Feststellung ein richterliches Gebot zu sehen, wird aber begreiflicherweise überwiegend nicht gezogen.[1])

Die begriffliche Scheidewand zwischen Feststellungsklage und Verurteilungsklage liegt wohl schon darin, daß bei der ersteren nur ein künftiger Anspruch oder ein Rechtsverhältnis, bei der Verurteilungsklage aber ein gegenwärtig vorhandener Anspruch deklariert werden soll.[2])

Es wird dann als Argument für die Gegenansicht hervorgehoben, daß der abstrakte Gesetzesbefehl nie den Ausgangspunkt eines konkreten Vollstreckungsverfahrens bilden könne, daß es dazu „eines konkreten Gebotes an die in concreto beklagte und verpflichtete Partei" bedarf.[3])

Allerdings muß zur Herbeiführung der Zwangsvollstreckung zu dem subjektiven Recht etwas hinzukommen.

Aber es kommt kein neuer Anspruch gegen den Verpflichteten hinzu, sondern ein Anspruch gegen den Staat, dahingehend, daß dieser zur Realisierung des fälligen, rechtskräftig festgestellten Anspruchs seine Organe leihe.

Daß ein Erfüllungsbefehl nicht die Voraussetzung der Zwangsvollstreckung bildet, beweist die römische Exekution, die ohne Urteil sowohl gegen Abwesende als auf Grund gerichtlichen Geständnisses erging, wie die moderne Exekution auf Grund vollstreckbarer Urkunden.[4]) Laband[5]) sieht darin, daß die Rechtswirkung des Urteils unabhängig von seiner materiellen Richtigkeit sei, den zwingenden Beweis dafür, daß das Urteil einen Befehl enthalte.

Es ist u. E. überhaupt schon unzulässig, den Fall, daß das Urteil nicht der materiellen Richtigkeit entspricht, zur Argumentation heranzuziehen.

Hellwig zeigt in seiner jüngst erschienenen Schrift (Klagrecht und Klagmöglichkeit 1905 S. 93) gelegentlich der Be-

---

[1]) Nur Laband vertritt wohl diesen Standpunkt (vgl. Staatsrecht III S. 352 ff.; Wach-Laband a. a. O. S. 116).

[2]) Kohler, Krit. VSchr. XIII S. 382.

[3]) Langheineken a. a. O. S. 204.

[4]) vgl. Seuffert in Grünhuts Zeitschr. Bd. 12 S. 624.

[5]) Staatsr. Bd. 3 S. 352; Wach-Laband 116.

sprechung des Wesens des Prozesses an trefflichen Beispielen, daß „es verkehrt“ ist, zu dessen Bestimmung von derartigen pathologischen Fällen auszugehen. — Dasselbe muß auch für die Bestimmung des Wesens des Urteils gelten.

Hiervon abgesehen ist aber die verbindliche Kraft des Urteils nur die Konsequenz des staatsrechtlichen Grundsatzes, daß die Rechtsverhältnisse so, wie sie der Richter einmal rechtskräftig festgestellt hat, zu gelten haben.

Der Gesetzesbefehl unterscheidet das Urteil schon von einem Rechtsgutachten.[1])

Ein besonderer richterlicher Befehl ist gar nicht der Grund der Unabänderlichkeit des Urteils.

Es wird dann weiter zur Stützung der Befehlstheorie geltend gemacht, daß das Urteil bisweilen Strafandrohungen für Zuwiderhandlung enthalte, also „Elemente in sich aufnehmen könne, denen der Charakter eines obrigkeitlichen Befehls anhafte.[2]) Derartige Strafandrohungen sind jedoch „nicht Funktionen der Rechtsprechung, sondern antizipierte Vollstreckungsmaßregeln“.[3])

Langheineken sucht die Richtigkeit seines Standpunktes noch durch die Heranziehung eines Vergleiches zu beweisen.

Er vergleicht das richterliche Urteil mit der Entscheidung eines Unparteiischen anläßlich einer Wette.

Er führt aus,[4]) daß genau so wie derjenige, den der Schiedsrichter für den Besiegten erklärt hat, dem Schiedsrichter gegenüber verbunden ist, seine Wette zu bezahlen, auch „der verurteilte Schuldner dem durch seine gerichtsbarkeitlichen Organe vertretenen Staat gegenüber zur Befolgung des Urteils rechtlich verpflichtet sei. Dieser Vergleich ist u. E. ganz und gar nicht geeignet, ein Argument gegen unseren Standpunkt abzugeben.

Denn wir halten es für eine irrige Voraussetzung, daß der

---

[1]) Hiermit argumentiert Planck, Lehrb. I S. 442.
[2]) Langheineken a. a. O. S. 206.
[3]) Kisch a. a. O. S. 30.
[4]) Langheineken a. a. O. S. 203/04.

für besiegt Erklärte dem Schiedsrichter gegenüber auch nur moralisch verbunden ist, die Wette zu bezahlen.

Es geht vielmehr wohl schon aus dem Begriff „Unparteiischer" oder „Schiedsrichter" hervor, daß dieser nur die betreffende Entscheidung zu fällen, die Folgen hieraus zu ziehen oder nicht zu ziehen, aber den Parteien zu überlassen hat.

Und genau so wenig wie der Schiedsspruch scheint uns auch das Leistungsurteil eine selbständige Verpflichtung zu begründen.

Schließlich macht Langheineken[4]) für die Befehlstheorie noch geltend, daß wenn gemäß ZPO. § 257 eine Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen z. B. auf Grund von BGB. §§ 1601 ff. ergangen ist, die im Urteil auferlegte Gesamtverpflichtung regelmäßig nicht der ohne Vorhandensein dieses Urteils bestehenden Unterhaltspflicht kongruent sein wird. Auch hierin ist u. E. kein Argument für die Befehlsnatur des Urteils zu erblicken.

Daß hier im allgemeinen eine Inkongruenz vorliegen wird, geben wir zu, doch glauben wir, daß der Grund hierfür darin liegt, daß die Feststellung einer Reihe von Verpflichtungen, die von zukünftigen Umständen mit abhängig sind, sich nie fehlerlos in einer Formel bewerkstelligen lassen wird.

Es läßt sich daher auch diese Erscheinung ohne die Annahme eines richterlichen Befehls befriedigend erklären.

Wenn also das über den Anspruch ergangene rechtskräftige Urteil nur rein deklaratorische Natur hat, so hat es auch nichts an der Rechtslage geändert, die außerprozessualen Vorgänge überhaupt nicht modifiziert.

II. Hat somit das über den Schadensersatzanspruch ergangene rechtskräftige Urteil das materiell-rechtliche Verhältnis der Parteien nicht beeinflußt, so müssen wir jetzt noch prüfen, ob nicht vielleicht prozessuale Grundsätze der Durchführung der Wandlungsklage nach rechtskräftiger Erledigung der Schadensersatzklage entgegenstehen.

Hierauf wird regelmäßig der Beklagte hinweisen, indem

---

[4]) a. a. O. S. 260.

er die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache geltend macht.

Die Voraussetzung für die erfolgreiche Geltendmachung dieser Einrede[1]) ist, daß der in der Klage geltend gemachte Tatbestand bereits der Klagegrund einer in derselben Richtung angestellten Klage gewesen war.[2])

Diese Voraussetzung liegt in unserem Falle vor. Mögen wir nun unter Klagegrund im Sinne der Substantiierungstheorie die Gesamtheit der rechtsbegründenden Tatsachen verstehen, oder mit der Individualisierungstheorie „das rechtliche Verhältnis, aus dem der Anspruch abgeleitet wird",[3]) in jedem Fall ist hier Identität des Klagegrundes gegeben.

Denn der Verkäufer macht sowohl dieselben rechtsbegründenden Tatsachen, wie dasselbe rechtliche Verhältnis geltend, wenn er erst die Schadensersatz- und dann die Wandlungsklage anstellt.

2. Was hat — müssen wir uns jetzt fragen — die Rechtskraft des Urteils für Wirkungen auf einen Anspruch, der auf denselben Tatbestand, auf dem das Urteil beruht, gestützt werden soll.

Im römischen Recht begründete die Rechtskraft die exceptio rei iudicatae, die aus dem Grundsatz: bis de eadam re ne sit actio folgte.

Aus diesem zivilrechtlichen Satz ist bei uns der staatsrechtliche Grundsatz geworden: bis de eadem quaestione ne indicetur.[4])

Dieser Grundsatz besagt jedoch nur, daß der Inhalt des rechtskräftigen Urteils in gewissen Grenzen maßgebend ist für einen späteren Prozeß über denselben Anspruch.

---

[1]) Es handelt sich hier natürlich um die sogen. materielle, nicht um die formelle Rechtskraft, die die Unanfechtbarkeit des Urteils betrifft.

[2]) vgl. Gaupp-Stein S. 527 ff., der mit Recht darauf hinweist, daß an Stelle des im § 322 ZPO. gebrauchten Begriffes „Anspruch" der allgemeine Ansprüche, Rechtsverhältnisse und prozessuale Fragen umfassende Begriff „Rechtsfolge eines Tatbestandes" (a. a. O. S. 532) zu setzen ist.

[3]) Petersen a. a. O. Erl. 9 zu § 253.

[4]) Endemann § 89a.

Wäre also der Käufer mit seinem Schadensersatzanspruch, weil die Voraussetzungen für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers fehlen, abgewiesen worden, so würde seinem auf dieselbe Gewährleistungspflicht gegründeten Wandlungsbegehren die Einrede der Rechtskraft entgegenstehen.

Ganz anders liegt es jedoch in unserem Falle.

Die rechtskräftige Entscheidung bewirkt allerdings, daß der Richter des zweiten Prozesses nicht die im ersten Prozesse auf Grund desselben Tatbestandes verneinte Rechtsfolge bejahen, bezw. die dort bejahte hier verneinen darf; doch sie verhindert nicht, daß der Richter die im ersten Prozesse bejahte Rechtsfolge noch einmal bejahe.

Die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache steht „immer nur demjenigen zu, der obgesiegt hat, niemals demjenigen, der unterlegen ist“.[1])

Die einzige für die Anstellung einer zweiten Klage seitens des Siegers anerkannte Schranke besteht in dem Fehlen eines Interesses an der Anstellung dieser zweiten Klage.

Auf das in § 226 BGB. ausgesprochene Schikaneverbot kann diese Voraussetzung allerdings nicht gestützt werden.[2])

Denn einmal sind die Normen des materiellen Rechts nicht ohne weiteres auf den Prozeß anwendbar. Sodann ergibt sich auch aus § 93 ZPO., daß eine sonst rechtlich begründete Klage nicht deshalb abgewiesen wird, weil der Beklagte zur Erhebung derselben keine Veranlassung gegeben hat.[3])

Man muß vielmehr davon ausgehen, daß der zweiten Klage dann nicht stattgegeben werden darf, wenn der Kläger nicht dartun kann, daß er auch an der zweiten Verurteilung ein rechtsschutzwürdiges Interesse hat; denn die Voraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses ist nicht auf die Fälle zu beschränken, in denen sie im Gesetz besonders hervorgehoben ist.[4])

---

[1]) vgl. Bl. f. Rechtspfl. i. Bez. d. KG. Bd. 10 S. 27.

[2]) Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 167 Anm. 17; Peters a. a. O. S. 71.

[3]) Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 168.

[4]) So die herrschende Meinung; vgl. Dernburg, Pand. I S. 319; Regelsberger I S. 654; Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 109, 169, Lehr-

Hier, wo der Käufer in berechtigtem Interesse den ihm — wie wir sahen — materiellrechtlich noch zustehenden Wandlungsanspruch gerichtlich geltend machen will, kann ihn diese Schranke keinesfalls hindern. Der Käufer kann daher sein Recht, von dem ihm zustehenden Schadensersatzanspruch abzustehen und seinen Wandlungsanspruch geltend zu machen, nicht dadurch verloren haben, daß über den Schadensersatzanspruch ein ihm günstiges rechtskräftiges Urteil ergangen ist.

III. Der Käufer kann also, trotzdem ihm sein Schadensersatzanspruch rechtskräftig zugesprochen wurde, noch bezgl. seines Wandlungsanspruches ein ihm günstiges Erkenntnis erzielen. Da jedoch, wenn der Verkäufer zur Wandlung verurteilt ist, die Wandlungserklärung des Verkäufers als abgegeben gilt, so ist der Wandlungsanspruch des Käufers befriedigt und somit auch sein Schadensersatzanspruch erloschen.

Wir müssen jetzt prüfen, wie sich der Verkäufer dagegen schützen kann, daß nach eingetretener Rechtskraft des ihn zur Wandlung verurteilenden Erkenntnisses der Käufer aus dem bezgl. des Schadensersatzes ergangenen Urteil die Zwangsvollstreckung betreibe. In der Existenz des auf einem nunmehr erloschenen Anspruch beruhenden rechtskräftigen Leistungsurteils ist u. E. eine Gefährdung der Rechtslage des Verkäufers enthalten, die es als in seinem rechtlichen Interesse stehend erscheinen läßt, daß das Nichtbestehen des Schadensersatzanspruchs rechtskräftig festgestellt werde.

1. Sind hier auch — was unten gezeigt werden soll,[1]) die Voraussetzungen für die Klage aus § 767 ZPO. gegeben, so wird dadurch die Möglichkeit der Erhebung der negativen Feststellungsklage nicht ausgeschlossen.

Denn würde selbst das für die Erhebung der Feststellungsklage erforderliche rechtliche Interesse fehlen, wenn der Kläger in einem anderen Verfahren zu demselben Ziel gelangen könnte,[2])

---

buch I S. 175; Gaupp-Stein S. 533, 738; Sydow-Busch N. 3 zu § 322; RGE. Bd. 16 S. 435, Bd. 39 S. 5.

[1]) s. S. 57 ff.

[2]) So RGE. Bd. 41 S. 372; JurW. 1899 S. 139b; Seuffert 26 zu

so muß man doch davon ausgehen, daß der Erfolg, den der Kläger mit der negativen Feststellung des Anspruchs erreicht, in mancher Beziehung weitergehend ist, als der durch die Klage aus § 767 ZPO. zu erreichende Erfolg.[1])

Dies gilt auch von dem Standpunkt aus, daß die Klage aus § 767 ZPO. den Charakter einer negativen Feststellungsklage hat.[2])

Denn es handelt sich hier doch nur um die Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsrechts, während der Verkäufer gemäß § 256 ZPO. die rechtskräftige Feststellung des Nichtbestehens des Anspruchs erzielt.

Erreicht der Verkäufer — müssen wir jetzt prüfen — durch Anstellung der hier an sich zulässigen Feststellungsklage auch den gewünschten Erfolg?

Diese Frage ist u. E. zu bejahen.

Es wird aus dem Tenor in Verbindung mit den Gründen des Urteils hervorgehen, daß der betr. Anspruch deshalb nicht mehr besteht, weil der Gläubiger bereits befriedigt ist.

Auf Grund dieser „öffentlichen Urkunde", aus welcher sich ergibt, daß der Gläubiger nach Erlassung des zu vollstreckenden Urteils befriedigt ist, ist vom Vollstreckungsorgan (Gerichtsvollzieher) auf einseitiges Verlangen des Verkäufers gemäß § 775 Nr. 4 ZPO. die Zwangsvollstreckung einzustellen.[3])

Zur Entscheidung der sich nunmehr ergebenden Frage, in welchem Gerichtsstand der Verkäufer diese Klage geltend zu machen habe, muß man von der Bestimmung des § 767 Abs. 1 ZPO. ausgehen:

---

§ 356; Sydow-Busch, Erläuterungen zu § 356; anderer, u. E. richtiger Ansicht, Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 440; Lehrbuch d. ZPO. I S. 392.

[1]) vgl. auch Seufferts Archiv Bd. 39 S. 370.

[2]) Langheineken, Urteilsanspruch S. 179; Seufferts Erläuterungen b. zu § 767. U. E. hat die in § 767 ZPO. statuierte Klage den Charakter einer Bewirkungs- und zwar einer „Widerspruchsklage"; vgl. Hellwig, Lehrbuch I S. 397; Anspr. u. Klagr. S. 491; v. Wilmowski-Levy II S. 985; Gaupp-Stein II S. 457.

[3]) vgl. Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 166,12; a. A. v. Wilmowski-Levy II S. 98b.

„Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht erster Instanz geltend zu machen."

Es ist hier ganz allgemein von Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch die Rede; und die ratio dieser Bestimmung ist offenbar die, daß das Gericht, welches über den Anspruch selbst entschieden hat, über die Zulässigkeit bezw. Unzulässigkeit des geltend gemachten Einwandes am zutreffendsten werde entscheiden können.

Man wird daher auch für die schon vor Beginn der Zwangsvollstreckung erhobene Klage auf Feststellung, daß der Anspruch nicht mehr bestehe, das Prozeßgericht erster Instanz für ausschließlich zuständig ansehen müssen.

Ein Gegenargument daraus zu entnehmen, daß § 767 im achten Buch der Zivilprozeßordnung seinen Platz hat und daß daraus folge, daß für den dort normierten Gerichtsstand der Beginn der Zwangsvollstreckung Voraussetzung ist, ist nicht möglich.

Denn ebenso wie im achten Buch besondere Gerichtsstände angeordnet sind für Klagen, die zweifellos vor Beginn der Zwangsvollstreckung erhoben werden müssen,[1]) so enthält auch das achte Buch viele Vorschriften, welche sich gar nicht auf eine schon begonnene Zwangsvollstreckung beziehen.[2])[3])

2. Der Verkäufer braucht jedoch, um sich gegen ein solches Vorgehen des Käufers zu schützen, gar nicht angriffsweise vorzugehen, sondern er kann auch, wenn die Zwangsvollstreckung gegen ihn eingeleitet wird, die Einwendung des Nichtbestehens des Anspruchs erheben, eine Einwendung, deren Grund erst nach formeller Rechtskraft des Urteils entstanden ist.

Da somit die Schranke des § 767 Abs. 2 ZPO. nicht in

---

[1]) Z. B. die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 731 ZPO.) und die Klage auf Vollstreckung ausländischer Urteile (§ 722 ZPO.).

[2]) Es wird z. B. geregelt, wann ein Urteil rechtskräftig wird (§ 705) und wann Urteile für vollstreckbar zu erklären sind (§§ 709ff.).

[3]) vgl. hierzu RGE. Bd. 36 S. 428, Bd. 44 S. 365.

Frage kommt und die Einwendung den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft, so kann sich auch der Verkäufer gegen eine derartige widerrechtliche Zwangsvollstreckung des Käufers gemäß § 767 Abs. 1 ZPO. durch die sogen. Zwangsvollstreckungsgegenklage[1]) schützen.

E. Wird schließlich das Recht des Käufers, auf seinen Wandlungsanspruch überzugehen, auch dadurch nicht berührt, daß der verurteilte Verkäufer den Schadensersatz ordnungsmäßig anbietet?

Wir begannen die Erörterung damit, daß der Käufer dann nicht mehr von der Ausübung des einen Rechts auf die des anderen übergehen kann, wenn dies das Wesen der betreffenden Rechtsausübung oder Treu und Glauben verhindert.

Diese zweite Schranke wird jetzt den Käufer an der Geltendmachung des Wandlungsrechts hindern.[2])

Stellt man sich vor, daß der beklagte Verkäufer, um der eventuellen Zwangsvollstreckung zu entgehen, vielleicht unter großen Opfern sich die Mittel zur Befriedigung des Schadensersatzanspruches beschafft und Schadensersatz dem Käufer angeboten hat, so wird man daran nicht mehr zweifeln können, daß der Käufer ihn jetzt nicht mehr ablehnen und auf sein Wandlungsrecht zurückgreifen kann.

Wenn hiergegen argumentiert würde, daß der Schuldner, um die Möglichkeit eines Entschlußwechsels des Gläubigers auszuschließen, erst unter Verzicht auf das Rücknahmerecht hätte hinterlegen müssen, da erst dann der Gläubiger als befriedigt gilt (§§ 376 Abs. 2 i. V. mit 378), so würde u. E. der Buchstabe des Gesetzes über den Geist des Gesetzes[3]) triumphieren.

Solches Verhalten würde als gegen Treu und Glauben verstoßend von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden.

---

[1]) Diesen Ausdruck hat Kohler geprägt (vgl. Arch. ziv. Pr. Bd. 72 S. 1 f.).

[2]) vgl. Kipp, Rechtswahrnehmung u. Reurecht S. 126; derselbe bei Windscheid Bd. 2 S. 29; Titze a. a. O. S. 193.

[3]) Wie wir ihn aus den §§ 137, 242 BGB. entnehmen.

Wenn auch der Verkäufer gemäß § 304 BGB. von dem in Annahmeverzug befindlichen Käufer Ersatz der für das erfolglose Angebot gemachten Aufwendungen verlangen kann, so braucht er sich damit nicht zufrieden zu geben, da man u. E. davon ausgehen muß, daß im Recht des Entschlußwechsels des Käufers nicht dessen völlige Schrankenlosigkeit liegt. Kann also der Verkäufer beweisen, daß er nach seiner rechtskräftigen Verurteilung zum Schadensersatz diesen dem Käufer ordnungsmäßig angeboten hat, so war damit der Käufer auf die Annahme des Schadensersatzes beschränkt.

F. Fassen wir zum Schluß die Resultate unserer Untersuchung kurz zusammen, so ergibt sich folgendes. Dadurch, daß der Käufer von den ihm in § 463 BGB. zugebilligten Ansprüchen den Schadensersatzanspruch oder den Wandlungs- bezw. Minderungsanspruch einmal geltend zu machen erklärt hat, hat er das Recht, auf den anderen ihm alternativ zustehenden Anspruch zurückzugreifen, noch nicht verloren. — Anders ist dagegen die Sachlage, wenn es bereits über diesen Anspruch zur mündlichen Verhandlung im Rechtsstreit gekommen ist. Jetzt kann der Käufer die Klage nicht mehr einseitig zurücknehmen (§ 271 ZPO.), und ebensowenig kann er jetzt noch auf den einmal klageweise geltend gemachten Anspruch zugunsten des anderen verzichten (§ 306 ZPO.). Ist bereits über einen der beiden Ansprüche ein rechtskräftiges Urteil ergangen, so muß man unterscheiden, ob der Käufer dieses Urteil über seinen Wandlungs- bezw. Minderungsanspruch oder über seinen Schadensersatzanspruch erzielt hat. Im ersten Falle ist der Anspruch des Käufers durch das rechtskräftige Urteil bereits befriedigt, der Käufer folglich zur Geltendmachung des anderen Anspruchs nicht mehr berechtigt. Diese Beschränkung tritt für den Käufer — wie sich aus der Natur des Wandlungsanspruchs ergibt — auch schon dadurch ein, daß der Verkäufer in die verlangte Wandlung einzuwilligen erklärt hat. Hat der Käufer dagegen über seinen Schadensersatzanspruch ein rechtskräftiges Urteil erzielt, so ist er dadurch noch nicht gehindert, jetzt auf die Geltendmachung des ihm alternativ zustehenden Wandlungs- bezw. Minderungsrechtes überzugehen.

Gegen eine nunmehr unberechtigte Vollstreckung aus dem über den Schadensersatzanspruch ergangenen Urteil kann sich aber der Verkäufer sowohl durch Anstellung der negativen Feststellungsklage als auch der Klage aus § 767 ZPO. schützen.

Auf die ausschließliche Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wird der Kläger erst dadurch beschränkt, daß der zum Schadensersatz verurteilte Verkäufer diesen dem Käufer anbietet.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.